Die Durchführung der Generalversammlung bei der Aktiengesellschaft

Inauguraldissertation
zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris
der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät der Universität Bern

vorgelegt von

Peter Haefliger

von Langnau/LU und Olten

1977

1978

Stämpfli & Cie AG Bern

Die Durchführung der Generalversammlung bei der Aktiengesellschaft

Inauguraldissertation
zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris
der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät der Universität Bern

vorgelegt von

Peter Haefliger

von Langnau/LU und Olten

1978

Stämpfli & Cie AG Bern

Die Fakultät hat diese Arbeit am 15. Dezember 1977 auf Antrag von Prof. Dr. Rolf Bär als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

Die gleiche Arbeit ist im Verlag Stämpfli & Cie AG Bern erschienen als Heft 455 der Reihe

Abhandlungen zum schweizerischen Recht ASR

begründet von † Prof. Dr. Max Gmür, fortgesetzt durch † Prof. Dr. Theo Guhl, herausgegeben von Dr. Hans Merz, Professor der Rechte an der Universität Bern.

©

Verlag Stämpfli & Cie AG Bern 1978
Rechnergesteuerter Filmsatz, Offsetdruck und
Buchbinderarbeit Stämpfli & Cie AG Bern
Printed in Switzerland

Inhaltsverzeichnis

Teil I: Die Generalversammlung

1. Die Organe der AG ... 9
2. Die GV ... 9
3. Voraussetzungen für das Vorliegen einer GV ... 10
4. Abgrenzungen ... 10
5. Arten von GVen ... 11
   a) Die konstituierende GV ... 11
   b) Ordentliche, ausserordentliche GV ... 11
   c) Universalversammlung ... 12
6. Die Funktion der GV ... 12
7. Die wirtschaftliche Bedeutung der GV ... 14
8. Die GVen wechselseitig beteiligter Unternehmen ... 16

Teil II: Die Durchführung der Zulassungsprüfung

1. Bedeutung der Teilnahme an der GV ... 18
2. Teilnahmerecht und Stimmrecht ... 19
3. Die Teilnahme Unbefugter ... 21
   a) Der nicht-öffentliche Charakter der GV ... 21
   b) Folgen der Teilnahme Unbefugter ... 22
   c) Die Haftung der Verwaltung für Unterlassung der Zulassungsprüfung ... 25
4. Durchführung der Kontrolle ... 26
   a) Zuständiges Organ ... 26
   b) Zeitpunkt der Zulassungsprüfung ... 26
   c) Anzuwendende Regeln ... 27
5. Teilnahme anderer als der Aktionäre ... 33
6. Legitimation und Rechtszuständigkeit ... 35
   a) Die Aktie als Wertpapier ... 35
   b) Die Legitimation ... 35
   c) Die Pflicht zur Legitimationsprüfung ... 37
   d) Das Recht der AG zur Legitimationsprüfung ... 38
   e) Die Legitimation bei der Inhaberaktie ... 39
   f) Die Legitimation bei der Namenaktie ... 41
   g) Die Legitimation bei der vinkulierten Namenaktie ... 46
7. Die Person des Teilnahmeberechtigten (des Stimmberechtigten) ... 46
   I. Stimmberechtigung aufgrund dinglicher Rechte ... 46
      a) Eigentum ... 46
      b) Fiduziarisches Aktieneigentum ... 47
      c) Gemeinschaftliches Eigentum ... 47
      d) Verpfändung von Aktien ... 48
      e) Nutzniessung ... 49
      f) Hinterlegung, Bankdepot ... 50
   II. Die gesetzliche Stellvertretung ... 50
   III. Die vertragliche Stellvertretung ... 51
      a) Das Recht auf Vertreterbestellung ... 51

b) Grundverhältnis und Vollmacht 51
c) Die Legitimation des Bevollmächtigten 52
d) Verdeckte Stellvertretung, Legitimationsübertragung 55

Teil III: Ablauf der GV

1. Anzuwendende Vorschriften 58
2. Der Vorsitz in der GV 59
a) Die Bestimmung des Vorsitzenden 59
b) Befugnisse des Vorsitzenden 60
c) Rechtsbehelfe gegen Massnahmen des Vorsitzenden 65
3. Die Eröffnung der GV 67
a) Zulassung von Gästen 68
b) Teilnehmerverzeichnis 68
4. Die Erledigung der Tagesordnung 71
5. Die Beratung 72
a) Das Rederecht 72
b) Die Beratung 75
c) Zusammengefasste Antworten der Verwaltung 77
6. Die Beschlussfassung 78
I. Die Abstimmung 78
a) Der Antrag als Grundlage der Abstimmung 78
b) Die Verschmelzung von Antrag und Verhandlungsgegenstand 80
c) Reihenfolge der Behandlung der Anträge 82
d) Abstimmungsverfahren 85
II. Das Abstimmungsergebnis 88
a) Die Ermittlung des Abstimmungsergebnisses 88
b) Das Prinzip der absoluten Mehrheit 90
c) Verkündung des Beschlusses 93
d) Die Protokollierung 94
e) Verwendung von Tonbandgeräten 96
f) Öffentliche Beurkundung 97
7. Die formelle Durchführung der GV-Beschlüsse nach Art. 689 98
a) Die Festsetzung und Änderung der Statuten 98
b) Die Wahl der Verwaltung und der Kontrollstelle 99
c) Die Abnahme der Gewinn- und Verlustrechnung, der Bilanz und des Geschäftsberichts 104
d) Die Entlastung der Verwaltung 105
8. Schliessung der Versammlung 108

Teil IV: Der Beschluss

1. Der Beschluss und seine Anfechtung 110
a) Beschluss und Einzelstimme 110
b) Rechtsnatur der Beschlüsse 111
c) Arten von Beschlüssen 112
d) Auslegung der Beschlüsse 114
e) Widerruf der Beschlüsse 114
f) Die Rechtswirkungen des Beschlusses 117

g) Die Ausführung der Beschlüsse 117
h) Anfechtung der GV-Beschlüsse 119
2. Mängel beim Zustandekommen des Beschlusses und ihre Folgen 120
a) Im allgemeinen 120
b) Nichtigkeit 121
c) Art des Mangels 122
d) Die Kausalität 124

Verzeichnis der Abkürzungen

a.a.O.	am angegebenen Ort
AG	Aktiengesellschaft
AktG	(deutsches) Aktiengesetz vom 6. September 1965
a.M.	anderer Meinung
aOR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht, vom 30. März 1911
Art.	Artikel (ohne Angabe: des Obligationenrechts)
BB	Der Betriebs-Berater, Heidelberg
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes, Amtliche Sammlung, Lausanne
BGH	(deutscher) Bundesgerichtshof, Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
Botschaft	Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf über die Revision der Titel XXIV–XXXIII des Schweizerischen Obligationenrechts, vom 21. Februar 1928
bzw.	beziehungsweise
DAG	Die (deutsche) Aktiengesellschaft, Hamburg
DB	Der Betrieb
GV	Generalversammlung
m.E.	meines Erachtens
N.	Note (Randnote)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, München/Berlin
NZZ	Neue Zürcher Zeitung, Zürich
OR	Bundesgesetz über die Revision der Titel XXIV bis XXXIII des Schweizerischen Obligationenrechts, vom 18. Dezember 1936
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Berlin/Leipzig
SAG	Die Schweizerische Aktiengesellschaft, Zürich
SJ	Semaine judiciaire, Genève
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung, Zürich
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Bern
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
ZR	Blätter für Zürcher Rechtssprechung, Zürich
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Basel

Literaturverzeichnis

ASCHWANDEN GEORG, Der Erwerb der Mitgliedschaft bei der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1955.

BARBEY ANDRÉ, La décharge en droit suisse, Diss. Genève 1949.

BARZ CARL HANS, Aktiengesetz Grosskommentar, 1. Bd. 2. Halbb. (§§ 118–147), Berlin 1971 ff. (Zit. BARZ §/N.)

– Die grosse Hauptversammlung, Sonderbeilage zur DAG 1962 (Zit. BARZ S.)

BEELER GAETANO, Die Wertpapiere im schweizerischen Recht, Aarau 1937.

BÖCKLI PETER, Das Aktienstimmrecht und seine Ausübung durch Stellvertreter, Diss. Basel 1961.

BRODMANN ERICH, Kommentar zum Aktienrecht, Berlin und Leipzig 1928.

BRUNNER MAX, Streifzug durch die Statuten schweizerischer Publikumsgesellschaften, Bern 1976.

BÜRGI WOLFHART, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, Zürich 1947 ff.

ECKARDT ULRICH, Kommentar zum AktG Bd. II (§§ 118–138) München 1973 ff.

EGGER AUGUST, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, I. Bd.: Einleitung und Personenrecht, Zürich 1930.

FELDMANN HANS, Beschluss und Einzelstimme im schweizerischen Gesellschaftsrecht, Diss. Bern 1954.

FORSTMOSER PETER/MEIER-HAYOZ ARTHUR, Einführung in das schweizerische Aktienrecht, Bern 1976.

FREI URS GAUDENZ, Nichtige Beschlüsse der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, Aarau 1962.

FUNK FRITZ, Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Bd. II: Das Recht der Gesellschaften, Aarau 1951.

GEILINGER ULRICH, Die erschwerten Beschlüsse der Generalversammlung der Aktionäre, Diss. Zürich 1948.

GLETTIG OSKAR, Die dinglichen Rechte an Aktien, Diss. St. Gallen 1953.

GODIN REINHARD VON/WILHELMI HANS, Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. I (§§ 1–178), 1971.

GÜRTLER HANS, Aktienrechtliche Legitimationsübertragung und Depotstimmrecht der Banken, Diss. Basel 1938.

HAGMANN EUGENIE, Die Vertretung der Aktien in der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1951.

HENSEL EDUARD, Das Generalversammlungsrecht der Genossenschaft, Diss. Bern 1942.

HENSELER ERWIN, Die Legitimationsübertragung von Aktien, Diss. Bern 1940.

HORRWITZ HUGO, Das Recht der Generalversammlungen der Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, Berlin 1913.

HUBER EUGEN, Bericht über die Revision der Titel 24–33 OR, 1920.

HUECK ALFRED, Gesellschaftsrecht, München 1970.

JÄGGI PETER, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V, 7. Teil: Die Wertpapiere, Zürich 1959.

– Vom Abstimmungsverfahren in der Aktiengesellschaft. In: Festgabe Max Obrecht, Solothurn 1961.

– Von der Beratung an der Generalversammlung der Aktiengesellschaft. In: Festschrift Walter Hug, Bern 1968.

KAESTLIN JÜRG, Die Funktionen der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1973.

Kölner Kommentar zum AktG, herausgegeben von W. Zöllner, Köln 1970 ff.

LANDOLT EMIL, Beiträge zum Rechte der Generalversammlung, Diss. Zürich 1922.

MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER, Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts, Bern 1974.

MOHR JON PEDER, Die Abgrenzung der Befugnisse der Generalversammlung und des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1948.

MOSER EDUARD, Die Ausübung des Aktienstimmrechts nach schweizerischem und italienischem Recht, Diss. Zürich 1945.
NAHRATH CHARLES, Das Stimmrecht des Aktionärs nach schweizerischem Recht, Diss. Bern 1933.
OBERMÜLLER WALTER/WERNER WINFRIED/WINDEN KURT, Die Hauptversammlung der Aktiengesellschaft, Düsseldorf 1967.
OBERMÜLLER WALTER, Die Diskussion in der Hauptversammlung der Aktiengesellschaft. In: DB 1962, 827ff. (Zit. OBERMÜLLER S.).
OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V: Das Obligationenrecht, Zürich 1929ff.
PATRY ROBERT, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VIII, 1. Halbbd.: Grundlagen des Handelsrechts, Basel 1976.
– Précis de droit suisse des sociétés, volume II: La société anonyme, Les sociétés mixtes, Berne 1977.
PEYER RUDOLF, Nichtige und anfechtbare Beschlüsse der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1944.
PESTALOZZI-HENGGELER REGULA, Die Namenaktie und ihre Vinkulierung, Diss. Zürich 1948.
PICENONI RENO, Der Entlastungsbeschluss im Rechte der Handelsgesellschaften..., Diss. Zürich 1945.
ROSSET PAUL-RENÉ, A propos de la formation de la volonté de la société anonyme. In: Mélanges Georges Sauser-Hall, Neuchâtel/Paris 1952.
SCHETT ALFRED, Stellung und Aufgaben der Verwaltung einer AG bei der Durchführung der ordentlichen GV, Diss. Zürich 1977[1].
SCHLEGELBERGER QUASSOWSKI/HERBIG/GESSLER/HEFERMEHL, Kommentar zum AktG, 1939.
SCHLUEP WALTER RENÉ, Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht, Diss. St. Gallen 1955.
SCHUCANY EMIL, Kommentar zum schweizerischen Aktienrecht, Zürich 1960.
SCHULER PAUL, L'assemblée générale des actionnaires dans les sociétés anonymes, Diss. Neuchâtel 1937.
SIEBE HANS, Die Bedeutung der Verkündung von Generalversammlungsbeschlüssen bei Aktiengesellschaften, Diss. Jena 1947.
SIEGERT HARALD, Die Entlastung in der Aktiengesellschaft..., Diss. Genève 1966.
SIEGWART ALFRED, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, a: Allgemeine Bestimmungen, Zürich 1945.
VON STEIGER FRITZ, Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz, Zürich 1970.
VON STEIGER WERNER, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VIII, 1. Halbbd.: Gesellschaftsrecht, Basel 1976.
WEBER HANS, Formelle Voraussetzungen statutenändernder Beschlüsse der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1953.
WEBER-DÜRLER HANS, Gesellschafterversammlung, Urabstimmung und Delegiertenversammlung als Beschlussfassungsformen im schweizerischen Gesellschaftsrecht, Diss. Zürich 1973.
WYDLER THEO, Die Protokollführung bei der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1956.
VISCHER FRANK, RAPP FRITZ, Zur Neugestaltung des schweizerischen Aktienrechts, Bern 1968.
ZEHNDER AUGUST, Die Generalversammlung bei den Aktiengesellschaften..., Diss. Bern 1922.
ZULAUF JOOS, Die wechselseitige Beteiligung im schweizerischen Aktienrecht, Diss. St. Gallen 1974.
Zwischenbericht des Präsidenten Hans Tschopp und des Sekretärs Christoph von Greyerz der Arbeitsgruppe für die Überprüfung des Aktienrechts zum Vorschlag für eine Teilrevision des Aktienrechts, Bern 1972.

[1] Erschien erst, als das Manuskript der vorliegenden Arbeit bereits fertiggestellt war. Wegen der Verwandtschaft des Themas wurde vor dem Druck in Anmerkungen darauf Bezug genommen.

Teil I: Die Generalversammlung

1. Die Organe der Aktiengesellschaft

Das Gesetz schreibt für jede Gesellschaft zwingend drei (ordentliche) Organe vor, nämlich die GV, die Verwaltung und die Kontrollstelle[1]. Die GV ist also *notwendiger* Verwaltungsträger; eine AG ohne Aktionäre – und sei es nur ein einziger – ist undenkbar, so dass eine GV immer zusammentreten kann.

Die GV ist jedoch nicht in dem Sinne notwendiges Organ, als die AG nicht aufgelöst oder sonst in ihrem rechtlichen Bestand beeinträchtigt wird, wenn die GV nicht zusammentritt oder keine Beschlüsse fasst[2]. Dies kann vorkommen, wenn die GV nicht einberufen wird oder in der GV kein Aktionär erscheint. Es werden dann keine Beschlüsse gefasst, kein Gewinn verteilt, die Verwaltung nicht wiedergewählt, die Statuten nicht geändert.

2. Die Generalversammlung

Im Gegensatz zur Verwaltung ist die GV nicht ständiges Organ; sie tritt nur in den statutarisch und gesetzlich vorgesehenen Fällen in Tätigkeit.

Während die Aufgabe der Verwaltung vor allem Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft nach aussen ist, ist die GV (ebenso wie die Kontrollstelle) sog. inneres Organ, d. h. sie tritt im allgemeinen nicht nach aussen auf, um etwa Verträge abzuschliessen. Die GV soll nur dem *Willen* der Gesellschaft Ausdruck geben. Obwohl die Willenserklärung der GV mit Recht der AG zugerechnet wird, ist die GV aber auch nicht die Gesellschaft selber; sie ist also nicht Trägerin der Rechte und Pflichten der AG, sondern eben nur bestimmt, deren Willen zu bilden[3].

Der Willen der GV kommt in ihren Beschlüssen zum Ausdruck. Die GV ist nicht völlig autonom in ihrer Beschlussfassung; ihre Beschlüsse müssen sich innerhalb von Gesetz und Statuten halten. Auch kann nur über solche Gegenstände beschlossen werden, welche ordnungsgemäss als Verhandlungsgegenstände in der Traktandenliste angekündigt wurden. Sonst aber ist die GV frei in ihrem Entscheid.

[1] Art. 642 aOR; Art. 626 Ziff. 4 und 5.
[2] Eckardt Vorbem. §§ 118–147 N. 3.
[3] Von Steiger S. 180 mit Anm. 13; Bürgi Art. 698 N. 1.

3. Voraussetzungen für das Vorliegen einer GV.

Nicht jeder Zusammenkunft von Aktionären einer AG kommt der Charakter einer GV zu; dazu ist vielmehr notwendig, dass alle begriffswesentlichen Merkmale einer GV vorliegen. Nach Frei[4] bedarf es einer Versammlung, die

a) im wesentlichen korrekt einberufen wurde, so dass grundsätzlich jedem Aktionär zumindest die Möglichkeit offensteht, sich nachträglich nach den gefassten Beschlüssen zu erkundigen und diese eventuell anzufechten;
b) das Bewusstsein hat, als GV aufzutreten;
c) tatsächlich in Form einer Versammlung und in geordneter Weise durchgeführt wird;
d) ihren Charakter als GV nicht dadurch verliert, dass grundsätzlich Nichtaktionäre zur Diskussion und Abstimmung zugelassen bzw. Aktionäre ungerechtfertigt ausgeschlossen werden.

Fehlt eines dieser Merkmale, so liegt eine Nicht-GV (Schein-GV) vor.

Bei Nichtbeachtung der Vorschriften, wie die GV durchzuführen sei, ist im Zweifel anzunehmen, der Mangel in der Durchführung nehme der Versammlung ihren Charakter als GV nicht, es sei denn, es werde den «minimalsten Anforderungen» nicht genügt[5]. Wenn etwa die Versammlung in völliger Unordnung verläuft, kann nicht mehr von einer GV gesprochen werden. Alle weniger schwer wiegenden Mängel bei der Durchführung der Versammlung können nur die Anfechtbarkeit der Beschlüsse bewirken, belassen also der Versammlung ihren Charakter als GV.

4. Abgrenzungen

a) Der Aktionärsausschuss. Es ist zulässig, dass die Gesellschaft einen Aktionärsausschuss bildet, welcher zwar der GV, der Verwaltung und der Kontrollstelle ihre Rechte und Aufgaben in vollem Umfang belässt und lediglich «die Verbindungen zwischen den Aktionären und der Verwaltung verstärken soll»[6]. Die im Gesetz nicht vorgesehenen und in der Praxis auch nicht existierenden Aktionärsausschüsse können keinerlei Rechte, Funktionen oder Pflichten der GV übernehmen; sie können aber durch Statutenbestimmung oder GV-Beschluss geschaffen werden, um als Mittler zwischen den Aktionären und der Verwaltung zu dienen.

[4] Frei S. 64. Vgl. bei von Steiger S. 215 die Aufzählung der Beschlüsse, die wegen Verletzung formeller Vorschriften für nur anfechtbar erklärt wurden.
[5] Feldmann S. 86; von Steiger S. 207; Frei S. 39ff.
[6] Eckardt Vorbem. §§ 118–147 N. 21.

b) Aktionärsvereinigung. Darunter ist eine «Zusammenfassung von unbeschränkt vielen Aktionären zwecks Geltendmachung von Aktionärsrechten»[7] zu verstehen. Anders als das deutsche Recht[8] erwähnt das OR die Aktionärsvereinigungen nicht; diese sind aber durchaus zulässig. Sie können in verschiedenen Rechtsformen auftreten – AG, Verein, einfache Gesellschaft, GmbH – und werden durch die für die jeweilige Rechtsform geltenden Gesetzesbestimmungen geregelt. Die Aktionärsvereinigungen haben keinerlei Mitgliedschaftsrechte; die Gesellschaft muss von ihrem Vorhandensein keine Kenntnis haben und dieses auch nicht berücksichtigen. Die Mitgliedschaft bei der Aktionärsvereinigung verleiht dem Aktionär kein erhöhtes Mitverwaltungsrecht. Erst durch das Zusammenwirken mit den übrigen Mitgliedern der «Schutzgemeinschaft» kann er seine Rechte gegenüber der Verwaltung besser wahren.

c) Delegiertenversammlung. Die Statuten können nicht bestimmen, dass neben oder an Stelle der GV eine Delegiertenversammlung eingeführt werde – im Gegensatz zum Genossenschafts- und zum Vereinsrecht[9]. Die GV bleibt somit das *einzig* zulässige «Legislativ-Organ» der AG.

5. Arten von GVen

a) Die konstituierende GV. Sie ist eine Versammlung der Zeichner (Art. 634) vielmehr denn eine Versammlung von Aktionären; denn von Aktionären kann erst nach der Gründung der Gesellschaft gesprochen werden. Die konstituierende GV hat andere Aufgaben als die ordentliche GV (Art. 635f). Für ihre Durchführung finden aber nach Art. 634 Abs. 2 die allgemeinen Regeln Anwendung, Regeln, welche sich nicht aus dem Charakter der Versammlung als (ausser-)ordentlicher GV ergeben, sondern vielmehr aus dem Wesen *jeder* Zusammenkunft zur Beschlussfassung.

b) Ordentliche, ausserordentliche GV. Die ordentliche GV ist diejenige, welche alljährlich innerhalb sechs Monaten nach Schluss des Geschäftsjahres stattfindet[10]. Die ordentliche GV findet also einmal jährlich statt; alle andern GV sind ausserordentliche. Diese werden nach Bedürfnis[10] durch die Verwaltung oder auf schriftliches Verlangen von Aktionären einberufen, welche mindestens den zehnten Teil des Grundkapitals vertreten[11].

[7] Barz § 125 N. 7; Böckli S. 69ff.
[8] §§ 125 Abs. 1; 128 Abs. 5 und 6; 135 Abs. 9. AktG.
[9] Forstmoser/Meier-Hayoz S. 149; von Steiger S. 180; vgl. Art. 880.
[10] Art. 699 Abs. 2.
[11] Art. 699 Abs. 3.

Das Gesetz macht keinen Unterschied zwischen der ordentlichen und der ausserordentlichen GV. Auf beide sind dieselben Regeln anwendbar. Ob ein Beschluss an der ordentlichen oder an einer ausserordentlichen GV gefasst wird, ist unwesentlich. Insbesondere wird ein Beschluss nicht dadurch anfechtbar, dass er an einer ausserordentlichen statt an der ordentlichen GV gefasst wurde [12].

c) Universalversammlung. Universalversammlung ist diejenige GV, an der sämtliche Aktien vertreten sind. Die Universalversammlung kann abgehalten werden «ohne Einhaltung der für die Einberufung vorgeschriebenen Formvorschriften» [13], ja es ist nicht einmal eine eigentliche Einberufung erforderlich; ebenso muss keine Traktandenliste bekanntgegeben werden, und eine allfällig bekanntgegebene Liste kann beliebig ergänzt und abgeändert werden. Kein Aktionär muss es sich jedoch gefallen lassen, dass eine Versammlung, an der er teilnimmt, als Universalversammlung gewertet werde; dies kann er durch Widerspruch (auch nur gegen einzelne Traktanden) oder Weggang von der GV erreichen, wodurch nicht nur die Universalversammlung, sondern die GV als solche aufgehoben ist [14].

6. Die Funktion der GV

Die GV ist das oberste Organ der Gesellschaft (Art. 698 Abs. 1). Sie hat die grundlegenden Beschlüsse über das Schicksal der AG zu treffen. Diese Beschlüsse den Aktionären zu überlassen, welche ja als Kapitalgeber das Risiko am Unternehmen tragen, ist naheliegend [15]. Neben der Gesetzesbestimmung, welche die GV zum obersten Organ der Gesellschaft erklärt, kommt die grundsätzliche Rangordnung der Organe auch in der Bestimmung zum Ausdruck, wonach die GV die Verwaltung wählt und sie – selbst ohne wichtigen Grund – auch jederzeit abberufen kann. Auch bestimmen die Statuten, welche ja von der GV aufgestellt und abgeändert werden, Inhalt und Ausmass der Kompetenzen der Verwaltung. In seinem neuesten Entscheid betreffend das Verhältnis zwischen GV und Verwaltung (BGE *100* II 387 f) führt das Bundesgericht aus, die Organe der Gesellschaft seien einander «relativ, d. h. je mit Bezug auf die ihnen zugewiesenen Kompetenzbereiche gleichgestellt».

Die Aufgabe der Verwaltung ist vor allem die Geschäftsführung (Art. 717). Dazu gehört auch die Geschäftsführung im engeren Sinne, welche nur gesell-

[12] SAG *41* 106; Forstmoser Meier-Hayoz S. 148; Bürgi Art. 698 N. 17.
[13] Art. 701 Abs. 1.
[14] Bürgi Art. 701 N. 8.
[15] Kaestlin S. 17.

schaftsinterne Funktionen umfasst wie z. B. das Erstellen von Geschäftsbericht und Bilanz und die Vorbereitung der GV[16]. Aus dieser Tatsache können jedoch keine Schlüsse auf die Kompetenzordnung bei der Durchführung der GV gezogen werden, denn die Durchführung der GV ist nur interne Willensbildung. Es ist aber anerkannt, dass jedes Organ in eigenen Angelegenheiten selbst entscheiden, sich also selbst organisieren kann[17]. Diese Zuständigkeit versteht sich aus der Natur der Sache; aus der Bestimmung des Art. 721 Abs. 2, wonach die Verwaltung befugt ist, über alle Angelegenheiten Beschluss zu fassen, die nicht der GV vorbehalten sind, kann deshalb nichts Gegenteiliges entnommen werden.

Für die Gesellschafter ist die GV das einzige Organ, welches ihnen erlaubt, ihre Mitverwaltungsrechte unmittelbar auszuüben.

Für die Ausführungen über die Zulassung zur GV (vgl. Teil II) ist die Funktion der GV als *Leistung* der Gesellschaft besonders wichtig. In der Aktie anerkennt die AG ihrem Mitglied (gegen dessen Kapitalbeteiligung) ein bestimmtes Recht. Es handelt sich bei dem anerkannten Recht nicht um eine Forderung im eigentlichen Sinn (Obligatio), sondern um eine Mitgliedschaft. Die Verkörperung in einem Wertpapier ist also nicht nur für eigentliche Forderungsrechte möglich[18]. Die Gesellschaft, deren Mitgliedschaft in der Aktie verurkundet ist, ist als Schuldner im weitesten, nicht nur im obligationenrechtlichen Sinne zu betrachten; denn Mitgliedschaftspapiere sind insofern Schuldurkunden, «als der Schuldner (die Gesellschaft) mit der Verurkundung der Mitgliedschaft die daraus hervorgehenden Einzelansprüche des Mitgliedes gegen die Gesellschaft mittelbar anerkennt. Diese Ansprüche stehen urkundenrechtlich gewöhnlichen Forderungen gleich»[19], denn wenn «auch die Rechte aus der Aktie Mitgliedschaftsrechte sind, also Persönlichkeitsrechte, so muss man sich doch immer vergegenwärtigen, dass es sich dabei um die Mitgliedschaft zu einer AG handelt, also zu einer rein kapitalistischen, auf Vermögen gegründeten und persönliche Leistungen der Mitglieder als solcher ausschliessender Gesellschaft»[20]. Die AG, die ihr Mitglied zur GV zulässt (bzw. ihm eine Stimm- oder Eintrittskarte aushändigt), erbringt daher eine Leistung, gleich wie sie eine Leistung erbringt, wenn sie dem Gesellschafter eine Dividende auszahlt, also eine rein obligationenrechtliche Leistung erbringt. Anderseits erhebt der Aktionär, der seine Zulassung zur GV oder die Ausstellung einer Eintrittskarte verlangt, eine Leistung, er macht sein Mitgliedschaftsrecht geltend[21].

[16] Meier-Hayoz Arthur, Grundriss der Vorlesung Handelsrecht II. Die Aktiengesellschaft. Zürich 1967. S. 42. Schett S. 22, welche der Meinung sind, die Geschäftsführung i. e. S. umfasse auch die Durchführung der GV.

[17] Barz § 119 N. 5; vgl. S. 59 ff.

[18] Böckli S. 9

[19] Jäggi Art. 965 N. 272; zu eng BGE *23* I 926 und *53* II 47. Anders Henseler S. 94.

[20] Hagmann S. 50 mit Anm. 5.

[21] Jäggi SAG *23* 154; vgl. S. 35.

Die Aktie verurkundet somit gleichzeitig die Mitgliedschaft in ihrer Gesamtheit und die daraus hervorgehenden Einzelansprüche des Mitglieds gegen die Gesellschaft. Während die rein obligationenrechtlichen Leistungen der Gesellschaft vor allem in einem positiven Tun bestehen (Geldzahlungen wie bei Dividende, Anteil am Liquidationserlös, Bezugsrechte – für welche zwar meist Nebenpapiere bestehen), so erschöpfen sich die mitgliedschaftsrechtlichen Leistungen der Gesellschaft an der GV in einem *Dulden:* die AG lässt zu, dass der Aktionär das Wort ergreift, an den Abstimmungen mitwirkt usw. Gesamthaft gesehen erscheint aber die Leistung der Gesellschaft dennoch als positives Tun, da sie z. B. einen Saal für die Abhaltung der Versammlung mieten, eine Lautsprecheranlage einrichten muss usw.

Die Ansprüche, welche der Aktionär aus seiner Mitgliedschaft herleitet, gewöhnlichen Forderungen gleichzustellen, heisst auch, die Mitgliedschaftspapiere (die Aktien) dem Wertpapierrecht des OR zu unterstellen. Die (zum Teil ungeschriebenen) Grundsätze des Wertpapierrechts, vor allem diejenigen über die *Geltendmachung* der verurkundeten Mitgliedschaftsrechte, sind also anwendbar, sofern das Aktienrecht keine abweichenden Regeln aufstellt[22]. Mit dieser Erklärung ist es allerdings nicht getan, vielmehr muss immer untersucht werden, ob die angeblich abweichende Bestimmung des Aktienrechts nicht auf dem Wege der Auslegung mit der allgemeinen wertpapierrechtlichen Ordnung in Übereinstimmung gebracht werden muss. Keinesfalls dürfen durch Auslegung des Aktienrechts solche «Abweichungen» vom Wertpapierrecht geschaffen werden, die geradezu der Aktie ihren gesetzlichen Charakter als Wertpapier nehmen.

7. Die wirtschaftliche Bedeutung der GV

Das Rechtsgebilde der AG kann in unterschiedlicher Weise Trägerin wirtschaftlicher Interessen sein. Obwohl das Gesetz zwischen einer Einmanngesellschaft und einem Milliardenunternehmen keinen rechtlichen Unterschied macht, ist offensichtlich, dass die Funktion der GV nicht bei beiden dieselbe sein wird. In der Lehre[23] wird deshalb unterschieden zwischen der grossen und der kleinen AG.

Bei der kleinen AG hat die GV die zentrale Stellung inne, die das Gesetz für sie vorgesehen hat. Die Durchführung der GV bietet keine Schwierigkeiten, da

[22] Böckli a. a. O.; teilweise abweichend Bär ZR *85* 342ff («Das Übergewicht des Gesellschaftsrechts über das Wertpapierrecht bei Mitgliedschaftspapieren»).

[23] Vischer/Rapp S. 216ff; Kaestlin S. 27f; Zwischenbericht S. 182; Hirsch ZSR *85* II 17ff.

der Aktionärskreis sehr beschränkt ist. Vielfach findet die Willensbildung auch ausserhalb der GV statt, da unter den Aktionären (welche oft mit den Verwaltungsratsmitgliedern identisch sind) persönliche Bindungen bestehen. Die Abhaltung der GV ist daher oft nur Formalität.

Bei der grossen AG findet eine «Funktionsverschiebung» (oder Schwerpunktsverlagerung)[24] statt. Zwar nimmt die GV rechtlich immer noch dieselbe zentrale Stellung ein; die wichtigsten Entscheide werden jedoch in zunehmendem Masse ausserhalb der GV getroffen, und die Verwaltung hat eine wachsende Macht. In der GV wird die Verwaltung unterstützt von den Bankenvertretern. Diese Abwertung der GV kommt darin zum Ausdruck, dass viele der Aktionäre, oft ungenügend informiert, gar nicht mehr an der GV teilnehmen; Kleinaktionäre haben keine Aussicht mehr, mit ihrer bescheidenen Stimmkraft einen Einfluss auf die Beschlussfassung an der GV auszuüben. Vielen Aktionären ist überdies nur an der Dividende gelegen, die die Aktie abwirft. An der Möglichkeit der Einflussnahme auf den Geschäftsgang sind sie nicht interessiert. Die Verwaltung kann im allgemeinen mit der unkritischen Unterstützung der GV rechnen. Die GV wird zur «chambre d'enregistrement où les propositions de l'administration sont adoptées aveuglément»[25]. Die GV, obwohl oberstes Organ der Gesellschaft, verliert also bei der grossen AG ihre zentrale Bedeutung zugunsten der Verwaltung.

Bei der Publikumsgesellschaft hat dagegen die GV eine andere Funktion übernommen: diejenige der «Selbstdarstellung» der Gesellschaft vor der breiten Öffentlichkeit[26]; die AG betreibt mittels der GV allgemeine Firmenwerbung[26]. Dies beginnt damit, dass allen Aktionären und den Presseorganen der reich illustrierte Geschäftsbericht zugestellt wird. An der GV werden Vertreter der Wirtschaftspresse zugelassen, damit sie von den Vorgängen an der GV berichten. Für ihre Mitglieder und die Vertreter der Massenmedien führt die AG anlässlich der GV Werkbesichtigungen durch oder verteilt Muster aus ihrer Produktion. Auch für das leibliche Wohl der Teilnehmer wird meist gesorgt. Die Veranstaltung der GV nimmt daher vielfach den Charakter eines Volksfestes an, einer «Geburtstagsfeier des Unternehmens». Viele Aktionäre nehmen ausschliesslich des Imbisses wegen an der GV teil[27]. Die Public Relations sind ein wichtiger Bestandteil der GV geworden.

[24] KAESTLIN S. 46 mit Anm. 80.

[25] HIRSCH ZSR *85* II 16. Vgl. WEISS GOTTFRIED. Zum schweizerischen Aktienrecht, Bern 1968, S. 81; Verewigung der Aktionärs-Ohnmacht? in: NZZ Nr. 194 vom 20./21. August 1977, S. 15.

[26] BARZ § 118 N. 4.

[27] Wenn solche «Teilnahmeprämien» ein gewisses Mass überschreiten, so ist darin ein indirekter Zwang zur Teilnahme an der GV zu erblicken, was unzulässig ist (S. 19 mit Anm. 6); vgl. ECKARDT § 118 N. 20.

8. Die GVen wechselseitig beteiligter Unternehmen

Eine AG kann ohne weiteres Aktien einer andern Gesellschaft besitzen; die aus diesem Anteilsbesitz resultierenden Mitgliedschaftsrechte kann die AG zwar nicht als solche, sondern nur durch einen Vertreter ausüben; die betreffenden Mitgliedschaftsrechte liegen jedenfalls nicht brach. In einem Fall nur darf die AG die Mitgliedschaftsrechte aus den Aktien nicht ausüben, nämlich wenn es sich um ihre eigenen Aktien handelt[28]. Immerhin kann die AG durch den Erwerb eigener Aktien doch die Mehrheitsverhältnisse an der GV beeinflussen, indem die den betreffenden Aktien anhaftenden Stimmrechte nicht mehr in Betracht fallen. Bei den wechselseitig beteiligten Gesellschaften ist die Rechtslage grundsätzlich dieselbe wie bei völlig unabhängigen AG, da es sich um völlig getrennte, selbständige Rechtssubjekte handelt. Beide Gesellschaften können, wie jeder Aktionär, die Mitverwaltungsrechte aus ihren Beteiligungen in der GV der jeweils andern Gesellschaft ausüben[29]. Bei den wechselseitigen Minderheitsbeteiligungen gilt dieser Grundsatz der rechtlichen Selbständigkeit in vollem Umfang, da keine der Gesellschaften die andere (deren Verwaltung) zu beeinflussen vermag, was Voraussetzung für die Anwendung des Stimmrechtsausschlusses nach Art. 659 Abs. 5 wäre. Ebenso kann die herrschende (Mutter-)Gesellschaft die Rechte aus ihrer Beteiligung in der GV der beherrschten (Tochter-)Gesellschaft ausüben, denn die abhängige Gesellschaft hat keine Möglichkeit, die Obergesellschaft in der Ausübung der Mitverwaltungsrechte willensmässig zu beeinflussen[30]. Die Zulässigkeit der Ausübung der Mitverwaltungsrechte durch die Muttergesellschaft ist ja geradezu Voraussetzung, dass man überhaupt von Beherrschung sprechen kann; auf ihr beruhen die im Gesetz (Art. 711 Abs. 2) ausdrücklich vorgesehenen Holdinggesellschaften, die die Kontrolle anderer Gesellschaften zum Zweck haben.

Anders im umgekehrten Verhältnis: Wegen ihrer Abhängigkeit kann die Tochtergesellschaft das Stimmrecht aus den ihr gehörenden Aktien der herrschenden Gesellschaft nicht nach freiem Willen ausüben, sondern ist an deren Instruktionen gebunden; materiell enthält ihre Willenserklärung also den Willen der Muttergesellschaft. Damit besteht dieselbe Lage, wie wenn die Verwaltung mit gesellschaftseigenen Aktien an der GV stimmberechtigt wäre[31]. Die abhängige Gesellschaft darf daher Aktien der Muttergesellschaft in deren GV

[28] Art. 659 Abs. 5.
[29] Zulauf S. 83 f.
[30] Zulauf S. 85; ebenso Forstmoser/Meier-Hayoz S. 157; Bürgi Art. 703 N. 41; Hagmann S. 73.
[31] Zulauf a. a. O.; vgl. BGE 72 II 275 ff.

nicht vertreten[32]. Es handelt sich bei den Aktien um sog. wirtschaftlich eigene Aktien.

Verworrener ist die Lage bei der wechselseitigen Mehrheitsbeteiligung; wenn sich die beiden Verwaltungen nicht verständigen, so führt dies zu einer einseitigen, ständig alternierenden Abhängigkeit. Eine länger dauernde wechselseitige Mehrheitsbeteiligung ist nur bei einer Verständigung der beiden Gesellschaften (deren Verwaltungen) möglich. Durch diese Verständigung können aber die Verwaltungen die Stimmrechte aus ihren Mehrheitsbeteiligungen nicht mehr nach freiem Willen ausüben, und es tritt genau das ein, was Art. 659 Abs. 5 zu verhindern sucht[33]. Die beiden Gesellschaften dürfen demzufolge die Mitverwaltungsrechte aus ihren Beteiligungen nicht ausüben; dies wäre eine unzulässige Selbstbeeinflussung. Auch hier muss jedoch immer im Einzelfall untersucht werden, ob nicht besondere Umstände zu *ein*seitiger Abhängigkeit führen, so dass nur die Aktien im Besitz der beherrschten Gesellschaft vom Stimmverbot des Art. 659 Abs. 5 betroffen würden.

[32] Bürgi Art. 703 N. 39; Vischer/Rapp S. 240; Siegwart Einl. N. 181 ff; Moser S. 72; W. von Steiger S. 320 ff; Böckli S. 40; ausdrücklich § 136 Abs. 2. AktG.

[33] Wir zitieren Zulauf S. 89; vgl. § 19 Abs. 3 AktG, wonach beide Gesellschaften «herrschend und abhängig» sind.

1. Bedeutung der Teilnahme an der GV

Die GV ist für den Aktionär die *einzige* Möglichkeit, seine Mitverwaltungsrechte auszuüben [1]. Zirkulationsbeschlüsse sind unzulässig, ebenso die Stimmabgabe einzelner Aktionäre auf dem Korrespondenzweg [2]. Die AG darf die GV auch nicht durch die Urnenabstimmung oder die Delegiertenversammlung ersetzen.

Zur Ausübung seiner Mitverwaltungsrechte muss also der Aktionär überhaupt zur GV zugelassen werden; erst durch die Teilnahme an der GV wird der Gesellschafter in die Lage versetzt, seine Mitgliedschaftsrechte auszuüben. Durch den Ausschluss könnte die AG ihr Mitglied seiner wichtigsten Rechte berauben. Das Recht auf Teilnahme an der GV ist daher «das allgemeinste persönliche Mitgliedschaftsrecht des Aktionärs» [3].

Das Recht des Aktionärs auf Teilnahme an der GV ist absolut wohlerworben [4], dies schon aus dem Grunde, dass es Voraussetzung für die Ausübung seiner übrigen, vom Gesetz ausdrücklich als wohlerworben bezeichneten Rechte ist. Der Charakter der Wohlerworbenheit des Teilnahmerechts verbietet es, die Zulassung zur GV von einer bestimmten Dauer der Aktionäreigenschaft, vom Besitz einer bestimmten Minimalanzahl von Aktien oder von sonstigen Bedingungen abhängig zu machen, welche über die blosse Präsentation der (indossierten) Aktienurkunde hinausgehen [5]: auch diese Bedingungen werden nur durch die Notwendigkeit einer genauen Kontrolle der Personen, die sich gegenüber der AG als Aktionäre ausgeben, zulässig.

Von der Nichtzulassung muss der Ausschluss eines Aktionärs als Ordnungsmassnahme der Versammlungsleitung unterschieden werden; beide haben zwar in bezug auf das Teilnahmerecht die gleichen Folgen. Der Ausschluss ist aber – unter gewissen Voraussetzungen – durchaus vereinbar mit dem Recht auf Teilnahme; wenn sich der Aktionär in der GV in einer ordnungswidrigen Weise verhält, so kommt dieses Benehmen einem Missbrauch des Teilnahmerechts gleich (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Der Aktionär kann in diesem Fall des Saales verwiesen werden. Überhaupt ist die Ausübung des Teilnahmerechts von der Einhaltung gewisser Modalitäten abhängig, denn die Aktie ist ein Massenpapier, und an der

[1] BGE *54* II 24; vgl. Art. 689 Abs. 1.
[2] BGE *67* I 346; Bürgi Art. 698 N. 12; Jäggi/Obrecht S. 394; SAG *35* 205.
[3] Huber S. 125; ähnlich Bürgi Art. 698 N. 2.
[4] Von Steiger S. 183; Bürgi Vorbem. Art. 698–731 N. 56; Schluep S. 147ff; Forstmoser/Meyer-Hayoz S. 248; Hensel S. 48. Vgl. Randtitel bei Art. 689!
[5] Vgl. S. 32.

GV der typischen AG nehmen eine Vielzahl von Gesellschaftern teil, so dass der Einzelaktionär nur in diesem Rahmen das Recht hat, seine Mitverwaltungsrechte auszuüben. Er muss es sich daher gefallen lassen, dass die Versammlungsleitung mittels Ordnungsmassnahmen in seine Mitgliedsrechte eingreift. So kann die Teilnahme vom rechtzeitigen Erscheinen abhängig gemacht werden; die Zurückweisung des Aktionärs erscheint schon als Ordnungsmassnahme.

Keinem Berechtigten, welcher die Bedingungen für die Zulassung erfüllt, darf der Zugang zur GV verwehrt werden. Der Aktionär kann zwar seine Zulassung nicht «manu militari» erzwingen; zumindest aber hat die Nichtzulassung (grundsätzlich) keine nachteiligen Folgen für ihn. Insbesondere kann er die Beschlüsse, die ohne seine Mitwirkung gefasst wurden, durch den blossen Nachweis beseitigen, dass er zu Unrecht nicht zur GV zugelassen worden sei. Wenn kein Berechtigter von der Teilnahme ausgeschlossen werden darf, so darf anderseits kein Aktionär (durch die Statuten) gezwungen werden, an der GV teilzunehmen[6]; denn die einzige Pflicht des Aktionärs ist nach Art. 680 diejenige der Liberierung der gezeichneten Aktien.

Die Teilnahme muss von der blossen Anwesenheit unterschieden werden. Teilnahmeberechtigt sind einzig die Gesellschafter; andere Personen, die zugegen sind, sind bloss anwesend. Sie sind nur Gäste und somit nicht in der Lage, irgendein Mitverwaltungsrecht auszuüben.

2. Teilnahmerecht und Stimmrecht

Recht auf Teilnahme und Stimmrecht müssen auseinandergehalten werden. Zwar ist die Teilnahme an der GV Voraussetzung für die Ausübung des Stimmrechts, und die Einziehungsbefugnis aus beiden Rechten wird meist in einem einzigen Vorgang (eingangs der GV) kontrolliert; so dient die Eintrittskarte (Ausweis über das Recht auf Teilnahme) oft zugleich als Stimmkarte. Auch steht das Teilnahmerecht grundsätzlich demjenigen zu, der das Stimmrecht hat; «wer das Stimmrecht als Aktionär besitzt, ist auch zur Teilnahme an der GV befugt»[1]. Das Gesetz selber verwendet in Art. 689 Abs. 2 den Begriff «stimmberechtigt» im Sinne von «teilnahmeberechtigt». Im allgemeinen wird «Teilnahmerecht» als Oberbegriff gebraucht, um die Gesamtheit der Mitgliedschaftsrechte zu bezeichnen, die der Aktionär an der GV ausübt und von denen das

[6] Bürgi Vorbem. Art. 689–695 N. 11; Funk Art. 689 N. 2; Landolt S. 109; Schluep S. 148; Böckli S. 18. Anders bei Verein und Genossenschaft.

[1] Von Steiger S. 183.

Stimmrecht das wohl wichtigste ist[2]. Teilnahmerecht und Stimmrecht hängen demzufolge *eng* zusammen.

Die beiden Rechte fallen jedoch nicht notwendig zusammen. Wie das Gesetz in Art. 695 zeigt, kann ein (sonst) Teilnahmeberechtigter *nur* vom Stimmrecht ausgeschlossen sein und seine übrigen Mitverwaltungsrechte behalten. In Art. 695 meint also das Gesetz das Stimmrecht im engern Sinne. Selbst wenn die GV als einziges Traktandum die Entlastung der Verwaltung hätte, könnte die Gesellschaft dem Ansprecher den Stimmrechtsausschluss nicht entgegenhalten, um ihn nicht zur Versammlung zuzulassen. Ob eine Statutenbestimmung, die nur vom Stimmrecht spricht, auch das Teilnahmerecht meint, ist Auslegungsfrage[3]. Es ist anerkannt, dass die Statuten die Ausübung des Teilnahme- und des Stimmrechts von unterschiedlichen Bedingungen abhängig machen können[4]. Mit Ausnahme der Stimmrechtsausschlüsse fallen Teilnahme und Ausübung des Stimmrechts zusammen.

Das Teilnahmerecht steht demnach demjenigen zu, der das Stimmrecht hat. Auch wenn dieser mit dem Eigentümer der Aktie oder dem Träger eines sonstigen dinglichen Rechts an der Aktie (auf Grund dessen er zum Besitz der Aktienurkunde berechtigt ist), nicht identisch ist, ist er zur Teilnahme berechtigt. Dass *neben* dem Stimmberechtigten auch der Innehaber eines dinglichen Rechts – etwa der Eigentümer neben dem (stimmberechtigten, vgl. Art. 690 Abs. 2) Nutzniesser – zur Teilnahme an der GV berechtigt sei, ist zu verneinen[5]. Die gegenteilige Meinung verstösst gegen den Grundsatz des Art. 690, welcher bestimmt, dass bei mehreren Berechtigten die Rechte aus der Aktie durch einen Vertreter ausgeübt würden (Grundsatz der Unteilbarkeit der Aktie); mit andern Worten können aufgrund desselben Aktientitels – der ja *eine* Mitgliedschaft verurkundet – nicht mehrere Personen verlangen, an der GV teilzunehmen. Der Stimmberechtigte ist somit immer teilnahmeberechtigt; selbst wenn er schon einen Stellvertreter bestellt hat, kann er an der GV teilnehmen, natürlich unter Ausschluss seines Stellvertreters[6] und unter der Bedingung, dass er auch in seiner eigenen Person die Bedingungen für die Zulassung erfüllt.

Das Teilnahmerecht umfasst nicht nur das Stimmrecht, sondern auch das Recht, das Wort zu ergreifen (Rederecht, Recht auf Meinungsäusserung), Anträge zu stellen (Antragsrecht), Auskünfte zu verlangen (Auskunftsrecht, vgl.

[2] Böckli S. 21.

[3] Nach RG 112, 109 ist in diesen Fällen anzunehmen, dass die Statuten das Wort in seiner genauen, engeren Bedeutung gebrauchen.

[4] S. 30.

[5] Anders die herrschende Lehre: Bürgi Art. 690 N. 16; Böckli S. 144; Von Steiger SAG *17* 55; Funk Art. 690 N. 3; Glettig S. 99.

[6] SAG *44* 279; Böckli S. 167.

Art. 697), Widerspruch gegen Beschlüsse zu erheben[7]. Nicht zum Teilnahmerecht gehört das Recht auf Anfechtung gesetz- oder statutenwidriger GV-Beschlüsse, welches ausserhalb der GV ausgeübt wird. Alle Rechte stehen dem Aktionär nicht in dem Sinne zu, dass der Teilnehmer (Redner, Fragesteller, Initiant) selber Träger des Aktienrechts sein müsse. Vielmehr genügt die Bevollmächtigung, jedenfalls gegenüber der Gesellschaft; im Innenverhältnis kann hingegen der Träger des Aktienrechts dem Bevollmächtigten (beliebige) Anweisungen hinsichtlich der Ausübung der Mitverwaltungsrechte erteilen. Ob man annimmt, bei den erwähnten Rechten handle es sich um selbständige Rechte oder um «Hilfsrechte»[8], ist praktisch ohne Bedeutung.

3. Die Teilnahme Unbefugter

a) Der nicht-öffentliche Charakter der GV. Die GV der AG ist eine Versammlung von Aktionären. Daraus kann gefolgert werden, dass sie auch eine Versammlung nur der Aktionäre ist; Nichtmitglieder sollen nicht das Schicksal der Gesellschaft mitbestimmen. Die GV ist somit keine öffentliche Veranstaltung[1]. Die Tatsache, dass der Aktionär im allgemeinen kein Recht darauf hat, dass seine Stimme nicht aufgenommen werde (die GV also im strafrechtlichen Sinn keine geschlossene Veranstaltung ist[2]), hat nicht die Öffentlichkeit der GV zur Folge, ebensowenig wie die Tatsache, dass die Anwesenheit von Vertretern der öffentlichen Meinung Teil der heutigen Rechtswirklichkeit ist[3]; denn diese nehmen nicht an der Versammlung teil, sondern sind bloss anwesend. Öffentlich wäre erst diejenige Versammlung, an der jedermann teilnehmen könnte.

Aus dem nicht-öffentlichen Charakter der GV folgt die Pflicht der Gesellschaft zur Zulassungskontrolle; die AG darf nicht jeden Ansprecher blindlings zulassen. Diese Pflicht der Gesellschaft zur Zulassungskontrolle ist allgemein anerkannt[4]. Jeder Aktionär hat demnach ein Anrecht darauf, dass nur Aktionäre an der GV teilnehmen. Wenn ihm die Teilnahme Unbefugter bekannt ist, so kann er «gegen die Teilnahme unberechtigter Personen bei der Verwaltung oder zu Protokoll der GV Einspruch erheben» (Art. 691 Abs. 2), was aber gemäss Art. 691 Abs. 3 nicht Voraussetzung für die Anfechtung der Beschlüsse ist; es ist daher m. E. überflüssig, das Einspracheverfahren eingehend zu untersu-

[7] Eckardt § 118 N. 13; Schluep S. 152 ff; Frei S. 42; Patry, La société anonyme, S. 211.
[8] So Schluep S. 155.
[1] Moser S. 31; Botschaft S. 42; Schuler S. 63; Schluep S. 148.
[2] S. 96 mit Anm. 67.
[3] Barz § 119 N. 26, der aus diesem Umstand die Öffentlichkeit der GV schliesst.
[4] Funk Art. 691 N. 2; Bürgi Art. 691 N. 18; Moser S. 143.

chen[5], da dem Einspruch nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift keine selbständige Bedeutung zukommt.

b) Folgen der Teilnahme Unbefugter. Viel wichtiger als die Möglichkeit, gegen die Teilnahme Unbefugter Einspruch erheben zu können, ist diejenige der Anfechtung der Beschlüsse, die unter Mitwirkung der unberechtigten Personen gefasst worden sind. Zur erfolgreichen Anfechtung genügt – neben der Einhaltung der Klagefrist – der blosse Nachweis der Beteiligung Unbefugter, wobei «unbefugt» im gesetzlichen Sinn jedermann ist, dem die Teilnahmeberechtigung abgeht, und nicht «jedermann, dem die materiellen oder formellen Voraussetzungen (zur Teilnahme) fehlen»[6]; denn das Gesetz stellt einzig auf die *materielle* Berechtigung ab. Der wahre Berechtigte, der sich nicht gehörig ausgewiesen hat, wird dadurch nicht zum «Unbefugten»[7].

Nach Art. 691 Abs. 3 scheitert die Anfechtungsklage, wenn die Gesellschaft in der Lage ist, zu beweisen, dass «diese Mitwirkung (der Unbefugten) keinen Einfluss auf die Beschlussfassung ausgeübt hatte». Diese Einschränkung der Anfechtung findet ihre Rechtfertigung darin, dass die Leistung der Gesellschaft (die Veranstaltung der GV) nur schwer «wiederholbar»[8] ist; bei gerichtlicher Aufhebung (sämtlicher) Beschlüsse der GV wäre die Gesellschaft meist gezwungen, eine neuerliche GV einzuberufen, was erhebliche Kosten verursachen würde. Den Interessen des Aktionärs darauf, dass keine unbefugten Personen an der GV teilnehmen, stehen daher gewichtige Interessen der AG auf Aufrechterhaltung der Beschlüsse gegenüber. Würde die unbedingte Anfechtbarkeit der Beschlüsse, die unter Mitwirkung Unbefugter gefasst wurden, zugelassen, so müsste unter Umständen die GV wiederholt werden, obwohl bereits mit völliger Sicherheit feststeht, dass sie wiederum zu den genau gleichen Beschlüssen führt. Die Anfechtung der Beschlüsse hätte demnach nur noch Genugtuungsfunktion[9].

Nach Art. 691 Abs. 3 ist (nur) jeder Aktionär zur Anfechtung aktiv legitimiert. Das Bundesgericht hat ausgeführt, dass unwesentlich sei, ob der Aktionär zur GV zugelassen oder zu Unrecht weggewiesen worden sei[10]. Im letzteren Fall soll der Gesellschaft der Beweis des Art. 691 Abs. 3 i. f. nicht offenstehen: man wisse nicht, inwieweit die Voten des zu Unrecht Abgewiesenen die Meinung der Versammlung beeinflusst hätten, und könne daher auch nicht nach-

[5] So bei Bürgi Art. 691 N. 22, Schucany Art. 691 N. 2; Huber (S. 125) sieht sogar einen Einspruch beim Richter vor.

[6] Bürgi Art. 691 N. 33.

[7] Jäggi SAG *23* 175 f.

[8] Begriff bei Jäggi Art. 966 N. 106.

[9] Von der Burg DAG *1962* 118.

[10] BGE bei Schucany Art. 691 N. 3; Böckli S. 86 mit Anm. 74 und 75; Moser S. 42; Landolt S. 134; Bürgi Art. 691 N. 28.

weisen, dass sein Fernbleiben *keinen* Einfluss auf die Beschlussfassung ausgeübt habe[11]. Ob diese Ansicht mit dem Gesetz vereinbar ist, erscheint fraglich; denn die Teilnahme Unbefugter – für die das Gesetz die Einrede der mangelnden Kausalität ausdrücklich vorsieht – bedingt sehr oft den Ausschluss eines wahren Berechtigten: vielfach wollen zwei (oder mehrere) Ansprecher ihre Teilnahmebefugnis aus demselben Aktientitel herleiten. Lässt die AG, im ungewissen über die wahre Berechtigung, fälschlicherweise den Unbefugten zur GV zu, so schliesst sie damit gleichzeitig den wahren Berechtigten aus. Die beiden Fälle (Nichtzulassung wahrer Berechtigter und Mitwirkung Unbefugter) müssen daher gleich behandelt werden. Die Gesellschaft kann sich der Anfechtung widersetzen durch den Nachweis, dass der GV-Beschluss ohne die Stimmen der Unberechtigten die nötige Mehrheit gefunden hätte, bzw. durch den Nachweis, dass die Mehrheit auch vorhanden gewesen wäre, wenn die abgewiesenen Aktionäre an der GV teilgenommen hätten[12]. Das Erfordernis der Kausalität muss in beiden Fällen beibehalten werden.

Die Aufrechterhaltung des Erfordernisses der Kausalität auch im Falle der ungerechtfertigten Nichtzulassung kann dazu führen, dass ein Aktionär (willkürlich) nicht zur GV zugelassen wird und dennoch mit der Anfechtungsklage abgewiesen wird, dann nämlich, wenn die AG den Beweis des Art. 691 Abs. 3 i. f. erbringen kann. Dieses Ergebnis passt zunächst schlecht zum Charakter der absoluten Wohlerworbenheit des Teilnahmerechts[13], da die AG den Aktionär ungestraft seines Rechts berauben kann; «dennoch geniesst das Teilnahmerecht als solches keinen von den Einflussmöglichkeiten des Aktionärs unabhängigen Rechtsschutz»[13]. Das Teilnahmerecht wird anderseits dadurch geschützt, dass der Beweis der mangelnden Kausalität Sache der Gesellschaft ist. Der Aktionär selber kann sich mit dem Nachweis der Teilnahme Unbefugter bzw. der Nichtzulassung wahrer Berechtigter begnügen. Ausserdem wird der Gesellschaft der Beweis der fehlenden Kausalität erschwert, indem die blosse Möglichkeit, dass der Beschluss unter Mitwirkung nur der wahren Berechtigten anders gelautet hätte, genügt[14]. Insbesondere wird sich die AG der Anfechtung nicht einfach durch den Nachweis widersetzen können, dass die rein rechnerische Berücksichtigung der Stimmen der Unberechtigten und/oder der zu Unrecht Ausgeschlossenen das Abstimmungsresultat nicht geändert hätte; vielmehr müssen *alle* Einflussmöglichkeiten des Aktionärs (Debatterecht, Antragsrecht) in Betracht gezogen werden. Ausserdem wird der Gesellschaft der Beweis der mangelnden Kausalität dann erschwert oder gänzlich verunmöglicht, wenn sie gar keine ge-

[11] So JÄGGI/HUG S. 344 f; ähnlich HAGMANN S. 99 mit Anm. 5.
[12] SCHUCANY Art. 691 N. 3; MOSER S. 98 mit Anm. 114; vgl. S. 120 ff.
[13] VON DER BURG DAG *1962* 117.
[14] BGE *71* II 277; SCHÖNENBERGER SAG *44* 277; ZR *64*, 245; VON DER BURG DAG *1962* 118 f.

hörige Zulassungsprüfung durchgeführt hat. Es entsteht dann geradezu die Vermutung darauf, dass der Mangel den Beschluss ausschlaggebend beeinflusst hat.

Obwohl vom Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen, kann die Teilnahme von Nicht-Aktionären auch die Nichtigkeit der Beschlüsse zur Folge haben, dann nämlich, wenn zufolge massiver Teilnahme Unbefugter der Versammlung gar nicht mehr der Charakter einer GV zukommt. In diesem Fall muss natürlich (ausnahmsweise) auf das Erfordernis der Kausalität verzichtet werden, und die Beschlüsse der Nicht-GV sind ohne weiteres nichtig[15].

Unerheblich ist, worauf die Teilnahme Unbefugter zurückzuführen ist; es ist deshalb ohne Bedeutung, ob die Verwaltung pflichtwidrig die Zulassungsprüfung unterlassen hat oder nicht, denn «einzig die Stimmabgabe eines Unberechtigten vermag die Aufhebung eines Beschlusses zu rechtfertigen, nicht ein Prüfungsmangel»[16]. Die pflichtwidrige Unterlassung der Prüfungsmassnahmen kann lediglich die Verantwortlichkeit der Verwaltung nach sich ziehen. Im gegenteiligen Fall ist auch nicht erheblich, worauf die Nicht-Teilnahme der wirklich Berechtigten beruhe; Nicht-Einladung, Nicht-Zulassung und willkürliche Ausschliessung haben die gleichen Folgen hinsichtlich des Bestehens (der Aufhebung) der Beschlüsse. Beim willkürlichen Ausschluss (Saalverweis) sind jedoch nur diejenigen Beschlüsse anfechtbar, die nach der Ausschliessung des Aktionärs gefasst wurden, während die Nichteinladung und die Nicht-Zulassung notwendigerweise sämtliche Beschlüsse einer GV betreffen.

Die Teilnahme Unbefugter an der Beschlussfassung ist ein Mangel im Zustandekommen des Beschlusses. JÄGGIS[17] Ansicht, dies treffe nicht zu, vielmehr handle es sich um einen Verstoss gegen materielles Recht, ist nicht schlüssig; denn ein Verstoss gegen materielles Recht kann sehr wohl hinsichtlich des Beschlusses einen Mangel in dessen Zustandekommen darstellen. Da es sich auch nicht um einen Mangel im Inhalt des Beschlusses handelt, kann diese Meinung auch nicht erklären, weshalb die Teilnahme Unbefugter überhaupt die Anfechtbarkeit des Beschlusses zur Folge haben sollte. Logischerweise wird der Verstoss gegen das Teilnahmerecht auch nur in dem Masse geahndet, als er wirklich das Zustandekommen des Beschlusses beeinflusst hat (Art. 691 Abs. 3 am Ende). Art. 691 ist daher für *alle* Mängel anzuwenden, die nicht den Inhalt, sondern das Zustandekommen der Beschlüsse betreffen. Die Anfechtungsklage des Art. 691 ist nichts anderes als ein Sonderfall des Art. 706. Die Regeln des Art. 706 gelten daher grundsätzlich auch für die Anfechtung nach Art. 691

[15] S. 121 f; FREI S. 64.

[16] JÄGGI/OBRECHT S. 398. Ebenso ist der gute oder böse Glauben des Unbefugten unwesentlich (MOSER S. 143).

[17] JÄGGI/OBRECHT S. 401 f.

Abs. 3. Insbesondere gilt die Klagefrist des Art. 706 Abs. 4 auch für die Anfechtung wegen Teilnahme Unbefugter[18]. Ebenso richtet sich diese wie jene des Art. 706 nur gegen die Gesellschaft und nicht auch gegen die Unbefugten[19]; die Teilnahme Unbefugter ist nur der Klage*grund*. Obwohl vom Gesetz nicht vorgesehen, ist, gleich wie bei der Anfechtungsklage nach Art. 706, neben jedem Aktionär (und dem einzelnen Verwaltungsratsmitglied in seiner Eigenschaft als Aktionär) auch die Verwaltung in ihrer Stellung als Organ der Gesellschaft aktivlegitimiert[20], sogar in den Fällen, da sie selbst (etwa als Beschwerdeinstanz) über die Zulassung entschieden hat; denn nach Schluss der GV bleibt ihr zur Korrektur der mangelhaften Beschlüsse ja nur deren gerichtliche Anfechtung. Keinesfalls ist es «widerspruchsvoll»[21], die Aktivlegitimation der Verwaltung anzunehmen: auch in Art. 706 richtet sich die Anfechtungsklage gegen die Gesellschaft, und gleichwohl ist die Verwaltung ausdrücklich aktivlegitimiert (Art. 706 Abs. 3).

c) Die Haftung der Verwaltung für Unterlassung der Zulassungsprüfung. Obwohl vom wertpapierrechtlichen Standpunkt aus die Pflicht der Verwaltung zur Zulassungskontrolle keine «Rechtspflicht in vollem Sinne»[22] ist, ist die Verwaltung aus dem Aktienrecht zur Durchführung der entsprechenden Kontrollmassnahmen verpflichtet. Wenn sie ihre Pflicht vernachlässigt, kann sie aufgrund von Art. 754 zur Verantwortung gezogen werden. Als Schaden kommen neben den Kosten, die aus der gerichtlichen Aufhebung entstehen, vor allem diejenigen für die neuerliche Beschlussfassung über die dahingefallenen Verhandlungsgegenstände in Frage, also die Kosten einer neuen GV, evtl. auch Entschädigungen für Reisespesen und Arbeitsausfall der Aktionäre.

Es sei noch einmal festgehalten, dass die Anfechtungsklage aufgrund von Art. 691 Abs. 3 und die Verantwortlichkeitsklage gegen die Verwaltung wegen nichtgehöriger Zulassungskontrolle grundsätzlich unabhängig sind voneinander[23]. Für jene genügt der Nachweis der Teilnahme Unbefugter, diese setzt ein Verschulden der Verwaltung voraus. Die Gesellschaft haftet also kausal und kann nur im Falle eines Verschuldens der Verwaltung gegen diese vorgehen.

Falls an der GV vermögensrechtliche Leistungen der AG erbracht werden – was nicht völlig ausgeschlossen ist –, so kann der zu Unrecht abgewiesene Aktionär auch diese Leistungen (z. B. Dividendenzahlung) von der Gesellschaft

[18] Bürgi Art. 691 N. 30; Hagmann S. 98 Anm. 4; Moser S. 144 Anm. 308. Zum Streitwert vgl. SAG *46* 170ff.

[19] So aber Huber S. 130; Schönenberger SAG *44* 275. Vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz S. 165 Rdn. 21.

[20] Schucany Art. 691 N. 3; a. M. Bürgi Art. 691 N. 29.

[21] So Bürgi a. a. O.

[22] S. 37 mit Anm. 16.

[23] Bürgi Art. 753/754 N. 31.

verlangen; diese wird durch die (Fehl-)Leistung an den Unbefugten nicht befreit – und zwar ohne jede Einschränkung, denn Geldzahlungen sind ohne weiteres «wiederholbar». Eine allgemeine, von jedem Schadensnachweis unabhängige Ersatzpflicht gegenüber dem Aktionär für Versagung der Teilnahme kann hingegen nicht angenommen werden[24]. Auch kann der angerufene Richter die Zulassung eines Gesellschafters nicht «manu militari» erzwingen, sondern nur dessen Mitgliedeigenschaft feststellen; er kann also die AG nicht daran hindern, den Aktionär (willkürlich) auszuschliessen.

4. Durchführung der Kontrolle

a) Zuständiges Organ. Die Pflicht zur Prüfung des Teilnahmerechts obliegt nach Art. 702 Abs. 1 der Verwaltung. Wenn die Prüfung an der GV selbst durchgeführt wird, ändert dies nichts an deren Prüfungskompetenz[1]. Häufig wird jedoch in diesem Fall der Vorsitzende der GV oder eine besondere Prüfungsstelle mit der Kontrolle betraut[2]; auch die GV selbst kann damit beauftragt werden. Sie ist aber nicht das geeignete Organ dafür, denn der Vorgang der Willensbildung ist bei ihr sehr zeitraubend. Ausserdem stellte sich die Frage, ob der Ansprecher, dessen Berechtigung streitig ist, an der Abstimmung über seine Zulassung mitwirken darf. Auch könnte die GV genausowenig wie die Verwaltung oder der Versammlungsleiter ein bestehendes Stimm- oder Vertretungsrecht beseitigen oder ein fehlendes Recht begründen[3]. Falls die Statuten dies nicht ausdrücklich vorsehen, ist es entgegen der Ansicht VON STEIGERS[4] auch bei Streit nicht Sache der GV, über die Zulassung zu entscheiden: das durch Gesetz oder Statuten bezeichnete Organ entscheidet nach eigenem Ermessen[5]. Ob der Entscheid von der Verwaltung oder von der GV ausgehe, bleibt dem zu Unrecht Ausgeschlossenen die Anfechtungsklage wegen unberechtigter Versagung der Teilnahme nach Art. 691 Abs. 3 erhalten.

b) Zeitpunkt der Zulassungsprüfung. Die Aktie ist eine Urkunde, in welcher die AG dem Aktionär seine Mitgliedeigenschaft in bestimmter Form bescheinigt.

[24] Anders BAUMBACH § 103 N. 3.

[1] JÄGGI/OBRECHT S. 398; a. M. HAGMANN S. 15.

[2] JÄGGI/OBRECHT S. 398. Nach Art. 627 Ziff. 12 bedarf diese Ermächtigung der Aufnahme in die Statuten; da jedoch der Vorsitzende meist Mitglied der Verwaltung und gewöhnlich der Gesamtverwaltungsrat an der GV zugegen ist, erübrigt sich eine entsprechende Statutenbestimmung: die ausführenden Personen gelten dann einfach als Hilfspersonen der Verwaltung, womit die gesetzliche Zuständigkeitsordnung eingehalten wird.

[3] JÄGGI/OBRECHT a. a. O.

[4] VON STEIGER S. 187 f.

[5] JÄGGI/OBRECHT a. a. O.; hinten S. 65.

Da die Urkunde zur Geltendmachung der darin verurkundeten Rechte unentbehrlich ist[6], verschafft sich der Aktionär grundsätzlich dadurch Zutritt zur GV, dass er zu Beginn der Versammlung seine Urkunde (den Aktientitel) vorweist. Sich für die Zutrittsprüfung auf das «Urmaterial» zu stützen, ist jedoch reichlich schwerfällig. In der Praxis hat sich deshalb die Übung eingebürgert, mehrere Tage vor der Versammlung eine Vorprüfung durchzuführen. Die Pflicht und das Recht der Verwaltung zur Zutrittsprüfung sind selbstverständlich die gleichen wie bei Durchführung der Kontrolle unmittelbar vor der GV; denn dieses Vorgehen ist nichts anderes als die zeitliche Vorwegnahme der Türkontrolle[7].

Um sinnvoll zu sein, wird die Vorprüfung immer verbunden mit der Hinterlegung der Aktien, aufgrund deren dem Aktionär eine Hinterlegungsbescheinigung ausgestellt wird, welche gleichzeitig als Eintritts- und Stimmkarte oder wenigstens als Grundlage für deren Ausgabe dient[8].

c) Anzuwendende Regeln. BÜRGI[9] ist der Ansicht, es bestünden keine allgemein zwingenden Vorschriften über die Art der Erbringung des Stimmausweises. Das Gegenteil ist der Fall: Es sind dies die Bestimmungen des Wertpapierrechts, welche nicht nur für die Übertragung, sondern auch für die *Geltendmachung* anwendbar sind. Statuten und Reglemente der Gesellschaft können nur in diesem Rahmen Anordnungen treffen.

Die Aktie ist gesetzliches Wertpapier. Als solches ist sie für den Gläubiger (den Aktionär) «schlechthin ausreichendes Legitimationsmittel»[10]; der Schuldner (die Gesellschaft) ist verpflichtet, dem (durch die Urkunde ausgewiesenen) Vorweiser zu leisten (sog. Legitimationswirkung zugunsten des Gläubigers[10]). Die Gesellschaft ist somit verpflichtet, sich mit der blossen Vorweisung der (indossierten) Aktienurkunde zu begnügen. Sie darf ihre Leistung (die Zulassung zur GV) nicht von der Erfüllung zusätzlicher Voraussetzungen abhängig machen. Die Legitimationsprüfung vollzieht sich ausschliesslich anhand des vorgewiesenen Aktientitels; dieser ist für den Aktionär schlechthin ausreichend, um sich Zutritt zur GV zu verschaffen. Es ist der Gesellschaft nicht erlaubt, über die Prüfung im genannten Ausmass hinausgehende Bedingungen für die Zulassung aufzustellen; praktische Erwägungen dürfen dabei keine Rolle spielen, es handelt sich um eine streng wertpapierrechtliche Frage. Zusätzliche Bedingungen dürfen einzig durch das Gesetz zugelassen werden. Alle Voraus-

6 Art. 965.
7 HAGMANN S. 41; vgl. Anm. 16.
8 OBERMÜLLER/WERNER/WINDEN S. 75.
9 BÜRGI Art. 702 N. 5.
10 JÄGGI Art. 1145 N. 44 und Verweis; Art. 965 N. 222.

setzungen, von deren Erfüllung die AG die Zulassung zur GV abhängig macht, müssen daher auf ihre Zulässigkeit hin untersucht werden.

1. Das Erfordernis der Vorweisung. Mit der Inhaberklausel verspricht der Schuldner, sich mit der blossen Vorweisung zu begnügen. Die Zulassung zur GV von der Vorweisung der Urkunde abhängig zu machen, ist somit zulässig, ja es ist dies sogar Pflicht der Gesellschaft [11]. Keinesfalls ist diese Form des Nachweises «schikanös» [12], sie ist geradezu die einzig mögliche. Hingegen ist der Vorweisung gleichzustellen der Fall, da der Ansprecher zwar die Urkunde nicht vorlegt, aber dem Schuldner «in liquider und zweifelsfreier Weise seinen (zum mindesten mittelbaren) Besitz an der Urkunde (z. B. als Deponent) und die Möglichkeit, darüber jederzeit nach Belieben verfügen zu können» [13], beweist. Bankausweise über eine Deponierung der Titel sollten demnach genügen, auch wenn es sich um Bescheinigungen solcher Banken handelt, die in den Statuten nicht vorgesehen sind; ebenso Ausweise, die durch Urkundspersonen (Notare) ausgestellt sind [14].

2. Das Erfordernis der Hinterlegung. Im Gegensatz zum deutschen AktG (§ 123) enthält das OR keine Bestimmung über die Möglichkeit der Hinterlegung von Inhaberaktien. Die Hinterlegung der Titel wird aber für Inhaberaktien sehr oft vorgeschrieben, besonders bei Gesellschaften mit breiter Aktienstreuung. Das Bundesgericht [15] hat die Zulässigkeit des Erfordernisses der Hinterlegung als gegeben angenommen, allerdings unter gewissen Bedingungen; insbesondere darf die Hinterlegungsfrist nicht so knapp bemessen sein, dass das Stimmrecht des Aktionärs unstatthaft beeinträchtigt wird. Auch vom wertpapierrechtlichen Standpunkt aus ist die Hinterlegung durchaus zulässig; es handelt sich nicht eigentlich um eine zusätzliche Bedingung für die Zulassung zur GV, sondern lediglich um die zeitliche Vorverlegung der Zutrittsprüfung [16]. Da das Wertpapier nicht Sichtpapier sein muss [17], ist die Hinterlegung durchaus vereinbar mit der Wertpapiernatur der Inhaberaktie. Aus dem Zweck der Hinterlegung versteht sich, dass sie bis zur Beendigung der GV erfolgen muss, da bei Aufhebung der Hinterlegung ein anderer Inhaber in die Lage versetzt würde, sich aufgrund derselben Aktien Zutritt zur GV zu verschaffen. Die Aktientitel sind aber nur soweit der Verfügungsgewalt des Aktionärs entzogen, als der Zweck der Hinterlegung es erfordert. Die Aktien können weiterhin veräussert werden; dies geschieht in der Form der Besitzesanweisung. Gegen Rückgabe

[11] S. 21.
[12] So Bürgi Art. 702 N. 12.
[13] Jäggi Art. 966 N. 100; vgl. S. 31.
[14] Bürgi Art. 702 N. 10.
[15] BGE *50* II 498 f.
[16] Hagmann S. 41; Jäggi/Obrecht S. 396.
[17] Jäggi Art. 978 N. 6.

der Hinterlegungsbescheinigung – aber nur gegen sie – muss die Gesellschaft die Aktien jederzeit herausgeben.

Wenn die Aktien während der Hinterlegungsdauer veräussert werden, geht das Teilnahmerecht mit allen anderen Rechten aus der Aktie auf den Erwerber über. Bei Inhaberaktien – nur für sie ist das Erfordernis der Hinterlegung zulässig – ist eine Benachrichtigung der Gesellschaft nicht nötig[18]. Unrichtig ist es deshalb, anzunehmen, die AG könne sich in allen Fällen über einen erfolgten Wechsel in der Rechtsträgerschaft hinwegsetzen und nach Ablauf der Hinterlegungsfrist die Übertragung der Zutrittskarten auf den Erwerber verweigern[19]. Die Hinterlegung weist den Inhaber der Aktienurkunden nur für den Zeitpunkt der Hinterlegung aus[20]. Die Gesellschaft darf auf diese vorverlegte Zutrittsprüfung nur abstellen im Normalfall, d.h. wenn kein Wechsel in der Rechtsträgerschaft stattgefunden hat. Im anderen Fall hat die AG nicht das Recht, einen Aktionär zurückzuweisen, der nach Ablauf der Hinterlegungsfrist erst die Mitgliedschaft erlangt hat und somit der Voraussetzung der vorherigen Hinterlegung nicht hat nachkommen können. Trotz verspäteter Hinterlegung muss sie den Aktionär zur GV zulassen und kann ihm die entsprechende Statutenbestimmung nicht entgegenhalten. Dies umso mehr, als der Veräusserer *nicht* mehr Mitglied ist und bei seiner Zulassung ein «Unbefugter» mitwirkte, was nach Art. 691 die Anfechtbarkeit der Beschlüsse zur Folge hätte. Ausserdem hiesse dies, das Teilnahme- und Stimmrecht von einer bestimmten Minimaldauer der Aktionärseigenschaft abhängig machen (Dauer der Hinterlegung), was anerkanntermassen unzulässig ist[21]. Die AG kann also die Hinterlegung innert einer bestimmten Frist nicht für solche Aktionäre vorschreiben, welche diesem Erfordernis wegen ihrer mangelnden Aktionärseigenschaft zu diesem Zeitpunkt nicht nachkommen können. Um zur GV zugelassen zu werden, genügt es, die Mitgliedschaft bei der Abhaltung der GV zu besitzen. Handelt es sich um den Erwerb kleinerer Aktienposten, so wird es aber die AG auf sich nehmen können, sich über Aktionärswechsel nach Ablauf der Hinterlegungsfrist hinwegzusetzen (vgl. Art. 691). Im übrigen wird es sich stets nur um einzelne Aktionäre handeln, welche zudem selber den Beweis erbringen müssen, dass sie ihre Aktien erst nach Ablauf der Hinterlegungsfrist erworben haben.

Ziel der Vorwegnahme der Zutrittsprüfung ist die Aushändigung eines Ausweispapiers, welches das «Urmaterial» ersetzt, dies gegen Hinterlegung der Aktientitel. Das Wertpapier wird ersetzt durch ein blosses Ausweispapier. Auf dem Umweg über diese Zwischenform darf aber nicht die Wertpapiernatur der

18 A.M. Hagmann S. 44 unter Berufung auf Art. 924 Abs. 2 ZGB.
19 A.M. Jäggi/Obrecht S. 397; zutreffend Hagmann S. 44f.
20 Barz § 123 N. 9.
21 Vgl. S. 18.

Inhaberaktie entwertet werden. So darf insbesondere vom Vorweiser einer Inhaberaktie nicht gefordert werden, dass er seine Identität bekanntgebe; denn die Inhaberaktie beinhaltet die Inhaberklausel, mit der der Schuldner verspricht, er werde den Ansprecher aufgrund der blossen Vorweisung als berechtigt anerkennen. Der Inhaberaktionär hat also ein Anrecht darauf, einen unbenannten Ausweis zu erhalten[22]. Um einem eventuellen Erwerber die Ausübung des Teilnahme- und Stimmrechts zu ermöglichen, genügt die Übergabe des Ausweises[23].

In diesen Grenzen kann sowohl die Teilnahme als auch die Ausübung des Stimmrechts von der Hinterlegung abhängig gemacht werden. Beschränkungen der Teilnahme schliessen die entsprechenden Beschränkungen der Ausübung des Stimmrechts ein. Denn wenn der Aktionär die Voraussetzung für die Teilnahme nicht erfüllt, kann aus den von der Teilnahme ausgeschlossenen Aktien auch das Stimmrecht nicht ausgeübt werden. Das Gegenteil ist dagegen nicht der Fall: Wenn die Hinterlegung nur zur Ausübung des Stimmrechts vorgeschrieben ist, so kann der Aktionär, der seine Aktien nicht hinterlegt, dennoch seine übrigen Mitgliedschaftsrechte an der GV ausüben[24]. Ist im übrigen die Hinterlegung für die Teilnahme vorgeschrieben, so brauchen nicht sämtliche Aktien hinterlegt zu werden, um zugelassen zu werden: die Teilnahme ist unabhängig von der Kapitalbeteiligung und der Anzahl der Aktien. Eine einzige Aktie verleiht deshalb das Recht auf Teilnahme in gleichem Umfang wie eine Vielzahl von Aktien. Ist hingegen die Hinterlegung (auch) für die Ausübung des Stimmrechts vorgeschrieben, so hat die Gesellschaft das Recht, den Aktionär nur mit den hinterlegten Aktien zur Stimmabgabe zuzulassen, nicht auch mit den nicht hinterlegten.

Die Bestimmung, welche die Teilnahme und/oder die Ausübung des Stimmrechts von der Hinterlegung der Aktien abhängig macht, muss m. E. durch die Statuten angeordnet werden, um verbindlich zu sein[25]. Es geht nicht an, dass ein Organ der Gesellschaft (etwa die Verwaltung) nach seinem Ermessen die Hinterlegung anordnet, selbst wenn er durch die Statuten dazu ermächtigt würde. Der Gesellschafter soll aus Gesetz und Statuten einwandfrei entnehmen können, unter welchen Voraussetzungen er seine wichtigsten Verwaltungsrechte aus seinen Aktien, nämlich die Teilnahme an der GV und die Stimmrechtsausübung, geltend machen kann[26]. Wenn schon das Gesetz selber die Einberufung

[22] A. M. JÄGGI/OBRECHT S. 397. Vgl. S. 53 mit Anm. 45.

[23] Der Veräusserer kann natürlich durch den Erwerber ermächtigt werden, das Stimmrecht auszuüben.

[24] RGZ *112* 109 ff.

[25] Dies ist zwar im Gesetz (Art. 627) nicht vorgesehen; vgl. aber ausdrücklich § 123 Abs. 2 AktG Anders BÖCKLI S. 88; HAGMANN S. 41.

[26] BARZ § 123 N. 8.

ausführlich regelt, um «das absolut wohlerworbene Recht auf Teilnahme an der GV, welches als Inbegriff des Mitgliedschaftsrechtes gelten muss, sicherzustellen»[27], so darf gefordert werden, dass die Hinterlegung als Voraussetzung für die Ausübung dieses Rechts zum mindesten durch *Statuten*bestimmung vorgeschrieben werde, um nicht auf diesem Weg den gesetzlichen Schutz des Teilnahmerechts illusorisch zu machen. Es könnte sonst vorkommen, dass der Aktionär, der seine Aktienurkunden nicht gerade zur Hand hat, durch die plötzliche, unerwartete Ankündigung des Erfordernisses der Hinterlegung überrumpelt wird und dadurch an der Teilnahme an der GV verhindert wird – dies selbst dann, wenn die vom Bundesgericht vorgeschriebenen Fristen eingehalten werden. Art. 689 Abs. 4 würde demnach bedeuten, dass die statutarisch vorgeschriebene Hinterlegung nur vom Verwaltungsrat «angeordnet» würde; die Verwaltung hätte nur ausführende Funktion und kein Entscheidungsrecht.

Aus demselben Grunde sollen die Hinterlegungsstellen in den Statuten genannt sein; ähnlich wie bei der Legitimationsführung an der GV selbst, ist jedoch unter Umständen die mittelbare Hinterlegung genügend, nämlich immer dann, wenn der Aktionär «in liquider und zweifelsfreier Weise»[28] die anderweitige Hinterlegung seiner Aktientitel beweist sowie die Unmöglichkeit, vor dem Ende der GV darauf zu greifen. Die Anzeige einer Bank, dass die Titel bei ihr zu gesperrtem Depot hinterlegt seien bis nach der GV, ist daher ausreichend; ebenso die Bescheinigung einer Amtsstelle oder einer Urkundsperson. Noch sicherer ist, wenn die Bank bzw. Amtsstelle der Hinterlegungsstelle einen Depotschein zukommen lässt, gegen welchen allein die Aktien aus dem Depot herausgegeben werden[29]. Befinden sich die Aktienurkunden dagegen im unmittelbaren Besitz einer Bank, welche Hinterlegungsstelle ist, so ist natürlich eine besondere Hinterlegung nicht erforderlich und genügt die Sperrung bis zur Beendigung der GV. Nach ECKARDT[30] ist auch immer die Hinterlegung bei der Gesellschaft selber ausreichend. Jedenfalls können die Statuten nicht vorschreiben, dass *nur* die Verschaffung der tatsächlichen Verfügungsgewalt, d. h. die unmittelbare Hinterlegung bei den durch die Gesellschaft bezeichneten Hinterlegungsstellen, ausreiche[31]. Wenn die Hinterlegung nicht bei der Gesellschaft selbst erfolgt, so unterrichten die Hinterlegungsstellen die AG von der erfolgten Hinterlegung und ermöglichen dadurch die Aufnahme der hinterlegten Aktien in das vorbereitete (provisorische) Teilnehmerverzeichnis.

[27] BÜRGI Art. 700 N. 1.
[28] JÄGGI Art. 966 N. 100.
[29] HAGMANN S. 46.
[30] ECKARDT § 123 N. 42; ebenso Niethammer DAG *1960* 87 Anm. 12.
[31] BÖCKLI S. 90; HAGMANN S. 50; BÜRGI Art. 689 N. 55; ECKARDT § 123 N. 35.

Die Kosten der Hinterlegung und der späteren Rücksendung der hinterlegten Aktien (oder der Hinterlegungsscheine) trägt die Gesellschaft, die der Übermittlung an die Gesellschaft zwecks Hinterlegung der Aktionär [32].

3. Das Erfordernis der Anmeldung. Bei Namenaktien kann nicht Hinterlegung der Aktientitel gefordert werden, denn nach Art. 685 Abs. 4 muss die Gesellschaft denjenigen als Aktionär behandeln (und also zur GV zulassen), der im Aktienbuch eingetragen ist. Hingegen können die Statuten für Namenaktien vorschreiben, dass die Eintritts- und/oder Stimmkarten den (bekannten) Namenaktionären nicht spontan zugestellt werden, sondern nur auf deren Verlangen; dies kommt einer Anmeldung gleich. Das Verlangen nach vorheriger Anmeldung ist zulässig, obwohl Art. 689 Abs. 4 nur für Inhaberaktien die Möglichkeit zusätzlicher Bedingungen für die Teilnahme vorsieht [33]. Zulässig aus demselben Grunde wie die Hinterlegung, ist die Anmeldung auch denselben Beschränkungen unterworfen wie jene. In diesen Grenzen kann sie für die Teilnahme und/oder für die Ausübung des Stimmrechts angeordnet werden. Im letzteren Fall kann die AG die nicht angemeldeten Aktien gültig von der Stimmabgabe ausschliessen.

Die Anmeldung verpflichtet natürlich ebensowenig wie die Hinterlegung zur Teilnahme.

4. Andere Bedingungen für die Zulassung. Die Zulässigkeit der vorher erwähnten Bedingungen, die der Aktionär erfüllen muss, um zur GV zugelassen zu werden, ergibt sich einzig aus der Notwendigkeit einer genauen Zulassungskontrolle. Grundsätzlich ist es der Gesellschaft untersagt, die Teilnahme von zusätzlichen Bedingungen abhängig zu machen; denn trotz der weitherzigen Formulierung des Art. 689 Abs. 4 kann der Verwaltungsrat nicht *jede* Art der Erbringung des Stimmrechtsausweises anordnen. Die AG weist in diesen Fällen den (berechtigten) Ansprecher zu Unrecht zurück. Einzig wenn die betreffende Bedingung als Bestandteil der (vorweggenommenen) Zutrittsprüfung erscheint, ist sie erlaubt; so ist beispielsweise das Verlangen nach Vorlage eines Nummernverzeichnisses der Aktientitel zulässig, wie die deutsche Lehre [34] annimmt. Allgemein dürfen auch für Leistungen, welche in der GV selbst erbracht werden – die Zulassung zur GV also ausgenommen –, insoweit zusätzliche Voraussetzungen geschaffen werden, als diese durch das Erfordernis einer geordneten Durchführung der Versammlung gedeckt sind [35].

[32] Umstritten. Wie hier BARZ § 125 N. 8; anders OBERMÜLLER/WERNER/WINDEN S. 59, NIETHAMMER DAG *1960* 87.

[33] A. M. BÜRGI Art. 689 N. 58; wie hier MOSER S. 83; BÖCKLI S. 96 Anm. 49 WIELAND SJZ *48* 23 und NAHRATH S. 83 wollen auch für Namenaktien das Erfordernis nach Hinterlegung der Titel zulassen.

[34] BARZ § 123 N. 8; ECKARDT § 123 N. 60; auch PIONTEK SAG *36* 236 Muster 1; MOSER S. 41 am Ende.

[35] Vgl. S. 60.

Zum Erfordernis der Eintragung ins Aktienbuch und der schriftlichen Ermächtigung für Inhaberaktien nach Art. 689 Abs. 5 vgl. unten S. 45 ff und 61 ff.

5. Teilnahme anderer als der Aktionäre

Die Verwaltungsratsmitglieder sind immer zugleich Aktionäre[1]. Als solche haben sie volles Teilnahme- und Stimmrecht; aber auch in ihrer Eigenschaft als Mitglieder der Verwaltung sind sie teilnahmeberechtigt. Sie müssen daher auch zugelassen werden, wenn sie den statutarischen Voraussetzungen für die Teilnahme (Vorweisung, Hinterlegung, Anmeldung) nicht nachgekommen sind[2]. Hingegen hängt die Ausübung ihres Stimmrechts von der Einhaltung dieser Bedingungen ab, Stimmrecht, welches sie nicht in ihrer Funktion als Verwaltungsratsmitglieder ausüben, sondern als einfache Aktionäre. Das Gesetz legt nirgends die *Pflicht* der Verwaltungsratsmitglieder zur Teilnahme fest; diese können auch ohne wichtigen Grund der GV fernbleiben. Die so gefassten Beschlüsse sind nicht anfechtbar. Die Mitglieder der Verwaltung sollen jedoch teilnehmen[3]; das Gesetz nimmt ihre Teilnahme als selbstverständlich an (Art. 702, 722). Sie ist eine Folge der üblichen Verwaltungspflichten. Fernbleiben ohne wichtigen Grund (wie Krankheit, grosse Reise usw.) kann, ähnlich wie unentschuldigtes Fernbleiben von einer Verwaltungsratssitzung[4], die Verantwortlichkeit der betreffenden Mitglieder zur Folge haben. Denn das Fernbleiben von der GV zeigt das Desinteresse des Mitglieds an den Geschäften der Gesellschaft. Ausserdem ist der Gesamtverwaltungsrat verpflichtet, für eine Teilnahme seiner Mitglieder mindestens insoweit zu sorgen, dass die gesetzlichen und statutenmässigen Pflichten der Verwaltung in Zusammenhang mit der Abwicklung der GV einwandfrei erfüllt werden können[5]. Die Statuten können die Pflicht der Verwaltungsratsmitglieder zur Teilnahme an der GV festlegen.

Auch der Versammlungsleiter hat ein Recht auf Teilnahme, selbst wenn (durch die Statuten[6]) ein Nichtaktionär als Vorsitzender bestimmt wird; sonst besitzt er natürlich schon in seiner Eigenschaft als Mitglied der AG dieses Recht[7]. Seine Präsidialfunktion verleiht im übrigen dem Vorsitzenden keine zusätzlichen Mitgliedschaftsrechte[7].

Die Mitglieder der Kontrollstelle sind stimm- (Art. 695 Abs. 2) und damit teil-

[1] Art. 707 Abs. 2; BÜRGI Art. 709/710 N. 5.
[2] BARZ § 118 N. 8.
[3] Ausdrücklich § 118 Abs. 2 AktG; SCHETT S. 31. Vgl. für die Kontrollstelle Art. 729 Abs. 4.
[4] SCHUCANY SJZ *60* 229.
[5] BARZ § 118 N. 9.
[6] Vgl. S. 60 mit Anm. 8.
[7] BÜRGI Art. 698 N. 24.

nahmeberechtigt, ja sie sind sogar verpflichtet, der GV beizuwohnen (Art. 729 Abs. 4); ihre Abwesenheit hat aber nicht die Anfechtbarkeit der Beschlüsse zur Folge, mit Ausnahme derjenigen im Zusammenhang mit dem Jahresabschluss.

Kein Recht auf Teilnahme hat der Notar. Seine Anwesenheit ist aber für gewisse Beschlüsse notwendig, wobei die notarielle Verurkundung Gültigkeitsvoraussetzung ist.

Nicht teilnahmeberechtigt sind auch Personen, welche nur als Gäste anwesend sind, etwa Pressevertreter, Sachverständige, der AG nahestehende Personen usw. Über deren Zulassung entscheidet die Versammlungsleitung nach eigenem Ermessen, soweit die Statuten keine entsprechende Bestimmung enthalten[8].

Bei grossen GVen kann sich die Versammlungsleitung in der Unmöglichkeit sehen, sämtliche ihr zustehenden Aufgaben selbst zu erfüllen; sie kann zu diesem Zweck Hilfspersonen (etwa Stimmenzähler, Protokollführer) zuziehen, selbst wenn dies in den Statuten nicht vorgesehen ist. Deren Verwendung ist, «weil notwendig, unbedenklich»[9], auch wenn es sich bei diesen Hilfspersonen nicht um Aktionäre der Gesellschaft handelt; vielfach werden Angestellte der AG zugezogen. Auch Hilfspersonen haben kein Recht auf Teilnahme.

Der Aktionär kann nicht verlangen, dass sein Beistand (Rechtsanwalt, Finanzberater) zur GV zugelassen werde. Er kann aber dessen Teilnahme dadurch erreichen, dass er ihn zum Stellvertreter eines Teils seiner Aktien bestimmt oder ihm eine Aktie fiduziarisch überträgt. Die Versammlungsleitung kann auch sonst nach ihrem Ermessen dem Beistand den Zutritt zur GV gestatten[10].

Kein Recht auf Teilnahme haben auch die Gesellschaftsgläubiger, die Genussscheininhaber und die Partitionäre[11]. Hingegen darf nach Art. 1160 (betreffend die Gläubigergemeinschaft bei Anleihensobligationen) der Gläubigervertreter an den Verhandlungen der Organe der Gesellschaft – also auch an der GV ihrer Aktionäre – mit beratender Stimme teilnehmen, aber nur unter der Voraussetzung, dass der Schuldner sich mit der Erfüllung seiner Verpflichtungen aus dem Anleihen im Rückstand befindet.

[8] S. 68.

[9] Barz § 119 N. 41; vgl. F. von Steiger, Formulare über Gesellschaftsstatuten, Zürich 1972, S. 33; Hensel S. 57.

[10] Eckardt § 118 N. 23; Moser S. 31 f.

[11] Art. 657 Abs. 4; Bär SAG *48* 109; Patry, La société anonyme, S. 127; Zwischenbericht S. 129.

6. Legitimation und Rechtszuständigkeit.

a) Die Aktie als Wertpapier. Die Aktie ist gesetzliches Wertpapier[1]. Die Verkörperung in einem Wertpapier ist damit auch für Rechte möglich, welche nicht Forderungsrechte im eigentlichen Sinne sind[2]. Aktien sind «insofern Schuldurkunden, als der Schuldner (die Gesellschaft) mit der Verurkundung der Mitgliederschaft die daraus hervorgehenden Einzelansprüche des Mitgliedes gegen die Gesellschaft mittelbar anerkennt»[3]. Die Aktie verurkundet also gleichzeitig die Mitgliedschaft im gesamten und die daraus hervorgehenden Einzelansprüche des Aktionärs gegen die AG. Zulassung des Mitglieds zur GV, zur Diskussion, zur Stimmabgabe und Antragsstellung sowie zur Einsprucherhebung können sowohl als Einzelleistungen der Gesellschaft wie auch als Ausfluss der Mitgliedschaft verstanden werden. Während andere Leistungen der AG rein obligationenrechtliche sind (Dividende, Anteil am Liquidationserlös, Bezugsrechte), so handelt es sich bei den Mitgliedschaftsrechten, die der Aktionär an der GV ausübt, um reine Verwaltungsrechte.

Trotz dieser Besonderheiten im *Inhalt* unterstehen die Aktientitel vollauf dem Wertpapierrecht von Art. 965 ff. Im besonderen gehorcht die Verwertung der Aktie, also die Übertragung *und* die Geltendmachung der in ihr verbrieften Rechte, den wertpapierrechtlichen Regeln. Bei der Auslegung der entsprechenden Gesetzesbestimmungen muss der Wertpapiernatur der Aktie Rechnung getragen werden; grundsätzlich soll nicht angenommen werden, das Gesetz wolle deren Wertpapiercharakter entwerten[4]. Ebenso ist eine unterschiedliche Behandlung der Inhaber- und Namenaktien abzulehnen; diese unterscheiden sich vor allem durch die *Art* der Geltendmachung und der Legitimation[5], nicht aber in ihrer Natur.

b) Die Legitimation. Die AG, der ein Aktientitel vorgelegt wird, ist meist im ungewissen über die Rechtszuständigkeit, d. h. über die materielle Berechtigung der Person, die ihr gegenüber als Gläubiger auftritt, in unserem Fall also ihr Recht auf Teilnahme an der GV geltend macht. Denn diese Person (der Ansprecher) kann ja die Urkunde beispielsweise entwendet haben und so die rein formelle Berechtigung, die ihm die Innehabung der Urkunde verschafft, dazu missbrauchen, eine Leistung zu erheben, die ihm gar nicht zusteht. Anderseits genügt es auch nicht, materiell an der Aktie und deshalb auch aus der Aktie berechtigt zu sein; es kommt nicht bloss auf die Mitgliedschaft an, sondern eben-

[1] Art. 684 Abs. 2; Art. 981. Vgl. JÄGGI Art. 965 N. 279; BÖCKLI S. 9; MOSER S. 81.
[2] BÖCKLI S. 9.
[3] Vgl. S. 14 Anm. 22.
[4] BÖCKLI S. 87; vgl. S. 14.
[5] JÄGGI Art. 965 N. 220.

sosehr auch darauf, dass man diese Mitgliedschaft als bestehend nachzuweisen vermag[6]. Die Tätigkeit, die der Schuldner nach der Geltendmachung, aber vor der Leistung entfaltet, um seine Ungewissheit über die Berechtigung des Ansprechers zu beseitigen, heisst Legitimationsprüfung[7]. Diese endet damit, dass der Schuldner eine private Würdigung der behaupteten Einziehungsbefugnis des Ansprechers vornimmt. Die AG erlangt also bestenfalls eine subjektive Gewissheit über dessen (Nicht-)Berechtigung. Die von der Gesellschaft für gewiss gehaltene Rechtslage stimmt nicht notwendigerweise mit der wirklichen überein; der Ansprecher, den die Gesellschaft als Aktionär ansieht, kann sehr gut Unbefugter (z. B. Dieb) sein. Das Problem der Legitimation stellt sich vor allem im letzteren Fall; Legitimation bezeichnet den Schein der Einziehungsbefugnis, der dem Ansprecher auf Grund eines bestimmten Sachverhalts (z. B. der Innehabung einer Urkunde) zu Recht oder zu Unrecht zukommt[8]. Sie ist ein Zustand des Ausgewiesenseins. Das Problem der Legitimation stellt sich nur im Falle der Unsicherheit der AG über die Berechtigung des Ansprechers. Wenn die (materiellrechtliche) Rechtsträgerschaft wissentlich mit dem formellen Rechtsschein übereinstimmt – also z. B. offensichtlich ist, dass der Ansprecher Eigentümer der Aktie ist –, stellt sich dieses Problem nicht; denn natürlich ist der Schein der Einziehungsbefugnis immer der wirklichen Rechtsträgerschaft untergeordnet. Hingegen ist es von Bedeutung, wenn dem Ansprecher der Schein der Einziehungsbefugnis zu Unrecht zukommt, m. a. W. der Ansprecher zur Einziehung nicht berechtigt ist. Beim Auseinanderfallen von Rechtsschein und Rechtsträgerschaft erbringt der Schuldner eine Fehlleistung. Unter Umständen wird aber der Schuldner durch diese Fehlleistung befreit, nämlich immer – aber nur – dann, wenn für ihn ein Recht zur Unterlassung der Legitimationsprüfung bestand[9]. Allerdings enthält das Aktienrecht eine Sonderregel, indem die Fehlleistung in noch viel grösserem Masse befreiende Wirkung hat, nämlich auch dann, wenn zwar der Schuldner kein Recht zur Unterlassung der Legitimationsprüfung hatte, aber nachzuweisen vermag, dass die Nichtzulassung des Berechtigten keinen entscheidenden Einfluss auf das Geschehen an der GV gehabt habe[10]. Diese Einrede steht jedoch der AG nicht offen, wenn es sich bei ihren Leistungen um Geldleistungen handelt[11].

Die legitimationsrechtliche Ordnung wirkt zugunsten des Schuldners, indem sich dieser mit seiner subjektiven Würdigung der Rechtslage begnügen darf und

6 HAGMANN S. 40.
7 JÄGGI Art. 966 N. 9.
8 JÄGGI Art. 966 N. 21.
9 JÄGGI Art. 966 N. 27; damit hat aber der Aktionär nur gegenüber der AG keinen Anspruch mehr, kann jedoch nach Gemeinrecht (Art. 41, 61 ff) gegen den Unbefugten vorgehen (JÄGGI a. a. O.).
10 Art. 691 Abs. 3; vgl. S. 22.
11 S. 26.

auch durch eine allfällige Fehlleistung befreit wird, vorausgesetzt, dass er seiner Pflicht zur Legitimationsprüfung nachgekommen ist. Wenn die Gesellschaft jedesmal, wenn die Rechtsträgerschaft nicht absolut sicher ist – jeder Inhaberaktionär kann ja ein Dieb sein –, an den Richter gelangen müsste zur Abklärung der Rechtslage, wäre eine Durchführung der Türkontrolle in vernünftiger Zeit unmöglich. In den meisten Fällen wird auch der Ansprecher wirklich der aus der Aktie Berechtigte sein, der Rechtsschein mit der wirklichen Rechtslage übereinstimmen.

Die Legitimation wirkt nicht nur zugunsten der Gesellschaft, sondern auch zugunsten des Gläubigers. Die Gesellschaft darf von ihm nur in beschränktem Umfang Ausweise über seine Berechtigung verlangen, nämlich nur soweit sie ein Recht zur Legitimationsprüfung hat (und damit der Ansprecher eine Pflicht zur Legitimationsführung hat). Darüber hinaus besteht für die Gesellschaft eine Pflicht zur Unterlassung der Legitimationsprüfung, d.h. sie darf vom Ansprecher nicht weitere Ausweise über seine Berechtigung fordern. Wenn sie dies dennoch tut, verweigert sie dem wahren Berechtigten die Leistung zu Unrecht und hat die Folgen der Verweigerung zu tragen[12] (z.B. Rechtsverfolgungskosten, Verspätungsschaden). Von grosser Bedeutung ist daher die Frage nach Bestehen und Umfang der Pflicht und des Rechts der AG zur Legitimationsprüfung, denen auf der Seite des Gläubigers die Pflicht zur Legitimationsführung und das Recht auf Unterlassung der Legitimationsprüfung durch die Gesellschaft entsprechen[13].

Auch hier hat das Aktienrecht eine von der allgemeinen legitimationsrechtlichen Ordnung abweichende Regel geschaffen, indem Art. 691 die wohl wichtigste Folge der Erbringung der Leistung an einen Unbefugten – die Anfechtbarkeit der so gefassten Beschlüsse – einzig vom Nachweis der Teilnahme Nichtberechtigter abhängig macht, nicht aber von einer Verletzung der legitimationsrechtlichen Regeln durch die Gesellschaft[14]. Nichtsdestoweniger bleiben diese Regeln für das Aktienrecht gültig.

c) Die Pflicht zur Legitimationsprüfung. Wie bereits festgestellt[15], besteht eine Pflicht der Gesellschaft, die Legitimation des Ansprechers zu prüfen. Diese Pflicht zur Legitimationsprüfung ist zwar keine «Rechtspflicht im vollen Sinne»[16]: Der Gläubiger kann nicht auf ihre Erfüllung klagen und hat dazu auch gar keinen Anlass. Die AG kann also (rechtswidrig) die Legitimationsprü-

12 JÄGGI Art. 966 N. 25; ders. SAG *23* 157.
13 JÄGGI Art. 966 N. 25 ff; vgl. unten c).
14 S. 24 Anm. 16.
15 S. 21.
16 JÄGGI Art. 966 N. 106.

fung unterlassen. Ihre Pflicht ist nur legitimationsrechtlicher Natur[17]. Daraus folgt, dass die AG einen Aktionär, der sich nicht genügend ausweist, auf ihre Verantwortung hin zur GV zulassen darf; wenn sie die Prüfungsvorschriften zu Gunsten eines wirklich Berechtigten missachtet, erbringt sie keine Fehlleistung[18]. Die Legitimationsführung ist für die Zulassung nur notwendig in dem Sinn, als der Ansprecher ohne sie *gegen* den Willen der Gesellschaft sich nicht Zutritt verschaffen kann[19]. Bei der Regelung der Pflicht zur Legitimationsprüfung geht es somit um die Tragung der Gefahr der Nichtberechtigung des die Leistung erhebenden Ansprechers: Bei nicht genügender Legitimationsprüfung trägt die Gesellschaft die Verantwortung für eine eventuelle Nichtberechtigung des Ansprechers, ist also in diesem Fall durch die (Fehl-)Leistung nicht befreit. Nur soweit sie zur Prüfung nicht verpflichtet ist, wird sie durch die Leistung an den nichtberechtigten Ansprecher befreit[20]. Im Aktienrecht nimmt aber der Schuldner (die AG) kein allzu grosses Risiko auf sich, wenn er die Legitimation der Ansprecher nicht oder nur mangelhaft prüft, jedenfalls bei Ansprechern mit nur geringer Stimmkraft; in diesem Fall steht der Gesellschaft immer noch die Einrede des Art. 691 Abs. 3, offen[21]. Manche Gesellschaften kontrollieren deshalb die Einziehungsbefugnis von Ansprechern mit kleiner Stimmkraft nur oberflächlich.

Neben der Voraussetzung, dass der legitimationsrechtliche Grundtatbestand (die Ungewissheit hinsichtlich der Berechtigung des Ansprechers) vorliege, *beschränkt* auch Art. 966 Abs. 2 allgemein die befreiende Wirkung der (Fehl-)Leistung an einen Unberechtigten, aber durch die Urkunde Ausgewiesenen[22].

d) Das Recht der Gesellschaft zur Legitimationsprüfung. Da die AG zur Legitimationsprüfung verpflichtet ist, ist sie dazu umso mehr berechtigt, und zwar im gleichen Umfang als sie hiezu verpflichtet ist[23]. Natürlich muss der legitimationsrechtliche Grundtatbestand, die Ungewissheit des Schuldners hinsichtlich der Berechtigung des Ansprechers, vorliegen. Die Gesellschaft muss von ihrem Recht zur Legitimationsprüfung zwar nicht Gebrauch machen, darf aber in diesem Rahmen die Leistung ohne Rechtsnachteil verweigern. Das Recht zur Legitimationsprüfung besteht nur in gewissem Umfang; darüber hinaus darf die AG nicht weitere Ausweise verlangen, ist m. a. W. zur Unterlassung der Legitimationsprüfung verpflichtet. Die Gesellschaft kann aber sogar dann, wenn sie zur

[17] JÄGGI Art. 966 N. 103.
[18] JÄGGI/Obrecht S. 397.
[19] JÄGGI SAG *23* 175.
[20] JÄGGI Art. 966 N. 27.
[21] Vgl. S. 23.
[22] JÄGGI Art. 966 N. 123 ff; ders. SAG *23* 157b).
[23] JÄGGI Art. 966 N. 85; BEELER S. 158.

Unterlassung der Legitimationsprüfung verpflichtet ist, die Berechtigung des Ansprechers auf ihre Gefahr hin bestreiten und es auf einen Prozess mit ihm ankommen lassen[24]. Wenn sich ergibt, dass der Ansprecher tatsächlich nichtberechtigt war, so ist unerheblich, dass die AG durch die Leistungsverweigerung ihre Pflicht zur Unterlassung der Legitimationsprüfung missachtet hat, da diese nur gegenüber dem wirklichen Gläubiger besteht[25]. Das Recht und die Pflicht der Gesellschaft zur Unterlassung der Legitimationsprüfung sowie die Pflicht des Ansprechers zur Legitimationsführung ergeben sich aus diesen Ausführungen.

e) Die Legitimation bei der Inhaberaktie. Die Inhaberaktie ist ein (vollkommenes) Inhaberpapier[26], ein Wertpapier also, in welchem der Schuldner verspricht, er werde dem Inhaber (Vorweiser) der Urkunde auf Grund der blossen Vorweisung erfüllen[27]. Aus der Inhaberpapiernatur der Inhaberaktie ergeben sich zwei Pflichten der Gesellschaft gegenüber dem (wirklichen) Gläubiger, nämlich die Pflicht, die Leistung nicht ohne Vorweisung, aber gegen blosse Vorweisung zu erbringen. Die Legitimationsprüfung ist somit auf die blosse Vorweisung beschränkt. Diese Pflicht der AG, dem Vorweiser zu leisten, macht den Aktientitel zum schlechthin ausreichenden Legitimationsmittel. Und zwar genügt die Vorweisung als Ausweis für die Ausübungsberechtigung des Ansprechers in ihrer Gesamtheit; der Ansprecher braucht nicht einmal zu erklären, ob er im eigenen oder fremden Namen handle; auch seine Identität oder den Rechtsgrund, auf den er seine allfällige Vertretungsbefugnis stützt, muss er nicht bekanntgeben[28]. Wenn die Gesellschaft einen derartigen zusätzlichen Ausweis verlangt, so verweigert sie die Leistung zu Unrecht, denn damit bricht sie ihr Versprechen, sich mit der blossen Vorweisung zu begnügen. Es besteht die gesetzliche *Vermutung,* dass der Vorweiser einer Inhaberaktie Ausübungsberechtigter der in ihr verurkundeten Rechte sei[29]. Es handelt sich aber um eine widerlegbare Vermutung, denn der Rechtsschein der Einziehungsbefugnis muss nicht immer mit der wirklichen Rechtslage übereinstimmen, ja die Gefahr des Auseinanderfallens von Rechtsschein und Rechtsträgerschaft ist gerade bei der Inhaberaktie am grössten; so kann es vorkommen, dass der Eigentümer und der Besitzer aufgrund desselben Aktientitels an der GV teilnehmen wollen. Trotz des kategorischen Wortlautes von Art. 689 Abs. 4 schafft also das Aktienrecht keine vom Gemeinrecht[30] abweichende Lösung. Die Gesellschaft kann es somit

[24] JÄGGI Art. 966 N. 26.
[25] JÄGGI Art. 966 N. 23; ders. SAG *23* 158.
[26] Art. 981 Abs. 1. BEELER S. 210; JÄGGI Art. 965 N. 279a; BÜRGI Art. 683 N. 2.
[27] JÄGGI Art. 978 N. 2; BEELER S. 139.
[28] JÄGGI Art. 978 N. 48f.
[29] BÖCKLI S. 76ff; HAGMANN S. 49ff; MOSER S. 82; BGE *53* II 47.
[30] Vgl. Art. 930 Abs. 1 ZGB.

auf sich nehmen, die Nichtberechtigung des Ansprechers trotz gehöriger Legitimation zu beweisen. Sie zerstört dadurch den Rechtsschein, der zugunsten des Ansprechers wirkt. Allerdings tut sie dies auf ihre Gefahr hin, hat also die Folgen der Verweigerung zu tragen, wenn sich erweist, dass der Ansprecher wirklich der Berechtigte war. Auch hat sie die Beweislast, da sie die gesetzliche Vermutung der Einziehungsbefugnis zerstören muss; sogar im Prozess ist also die Innehabung schlechthin genügend, um den Schein der Ausübungsbefugnis des Ansprechers zu schaffen [31].

Um die Vermutung der Ausübungsberechtigung zu widerlegen, genügt natürlich der Nachweis der fehlenden Aktionärseigenschaft (des Eigentums an der Aktie) nicht. Denn das Teilnahmerecht des Ansprechers kann seinen Grund im Aktieneigentum, aber auch in einem beschränkten dinglichen Recht oder in einer Ausübungsermächtigung haben; aus welchem Rechtsgrund er sein Teilnahmerecht herleitet, braucht der Ansprecher nicht zu sagen. Auch die Vermutung aus dem Papierbesitz sagt nicht, welcher Rechtsgrund vorliege [32]. Jedoch begründet die Vorweisung nur den vom Ansprecher beanspruchten Rechtsschein. Falls dieser nicht einfach die Inhaberaktie vorweist und so seine Einziehungsbefugnis ohne nähere Begründung behauptet, «sondern von sich aus etwas über den Rechtsgrund behauptet, so gibt er damit zu, dass andere, an sich mögliche Rechtsgründe nicht bestehen» [33]. In diesem Fall genügt es, dass die Gesellschaft nachweist, dass der betreffende Rechtsgrund (z. B. Eigentum an der Aktie) nicht bestehe; damit zerstört sie den Rechtsschein der Ausübungsbefugnis als Ganzes.

Wenn die Gesellschaft es auf sich nehmen kann, trotz genügender formeller Legitimation auf das fehlende materielle Stimmrecht durchzugreifen, so kann sie anderseits auch einen Nichtbesitzer zulassen, wenn sie glaubt, dass dieser teilnahmeberechtigt sei. Der Nichtbesitzer kann sich nur gegen den Willen der AG keinen Zutritt verschaffen.

Ist die AG nach der Legitimationsprüfung zur Überzeugung gelangt, dass es sich beim Ansprecher um einen wirklich Berechtigten handelt, so ist damit noch nichts über den Umfang seines Stimmrechts gesagt; die Gesellschaft kann, ohne seine Berechtigung in Zweifel zu ziehen, dem Eigenberechtigten und dem Stellvertreter gegenüber «Einwendungen» aus Aktienrecht geltend machen [34], um zu bestimmen, wieviele Stimmen dem Ansprecher beim einzelnen Abstimmungsakt zustehen. Diese (gesetzlichen oder statutarischen) Stimmrechtsbeschränkungen und -ausschlüsse beeinflussen die legitimationsrechtliche Lage

[31] JÄGGI Art. 978 N. 49; HAGMANN S. 53 f.
[32] JÄGGI Art. 978 N. 48.
[33] JÄGGI Art. 978 N. 50.
[34] BÖCKLI S. 79; HAGMANN S. 60 ff.

nicht; sie entscheiden nichts über die Grundfrage, ob der Ansprecher überhaupt materiell stimmberechtigt sei [35]. In allen Fällen bleibt dem zu Unrecht Abgewiesenen das Recht erhalten, die ohne ihn gefassten Beschlüsse nach Art. 691 anzufechten.

Die Vorverlegung der Legitimationsprüfung (durch Anordnung der Hinterlegung) ändert nichts an der beschriebenen Rechtslage; ausschlaggebender Zeitpunkt für die Bestimmung der (Nicht-)Teilnahmeberechtigung des Ansprechers bleibt aber der Zeitpunkt der Abhaltung der Versammlung [36]. Die Gesellschaft kann sich nicht über Wechsel in der Rechtsträgerschaft hinwegsetzen, welche nach Ablauf der Hinterlegungsfrist erfolgen oder diese Wechsel – etwa durch Ausstellung von benannten Eintrittskarten – von ihrer Zustimmung abhängig machen.

f) Die Legitimation bei der Namenaktie. Die Namenaktie ist ein Ordrepapier. Als solches beinhaltet sie die Ordreklausel, die wie die Inhaberklausel eine qualifizierte Wertpapierklausel ist [37]; mit beiden verspricht der Schuldner, er werde bei der Erfüllung denjenigen als Berechtigten behandeln, der in diesem Zeitpunkt aufgrund der Urkunde als berechtigt erscheine, also (beim Ordrepapier) den durch den Wortlaut der Urkunde formell ausgewiesenen Vorweiser [38]. Die Gesellschaft hat somit die Pflicht, dem durch die Skriptur der Urkunde ausgewiesenen Vorweiser zu leisten, ihn also zur GV zuzulassen. Wenn sie vom Ansprecher weitere Ausweise verlangt, handelt sie rechtswidrig, d. h. sie wird verantwortlich für den Schaden, der aus der Verweigerung entsteht. Anders als bei der Inhaberaktie genügt die Urkunde hier nur als Ausweis für die Rechtszuständigkeit, also die Aktionärseigenschaft des Ansprechers, nicht schlechthin für die Einziehungsbefugnis; insbesondere ist sie kein Ausweis für die Vertretungsbefugnis [39].

Diese legitimationsrechtliche Lage ist *sämtlichen* Ordrepapieren eigen; sie gilt also auch für die Namenaktie in vollem Umfang. Dies zu verneinen (z. B. zu behaupten, die AG habe das Recht, andere als die erwähnten Ausweise zu verlangen), würde bedeuten, die Namenaktie ihrer Ordrepapierqualität zu berauben. Ebenso muss bei der Auslegung der Gesetzesbestimmungen (Art. 685 Abs. 4!) Rücksicht genommen werden auf die Ordrepapiernatur der Namenaktie; das Gesetz kann nicht in Art. 684 Abs. 2 die Namenaktie zum Ordrepapier erklären und im nächsten Artikel ein mit dieser Natur unvereinbares Legitimationssystem begründen.

[35] Böckli S. 82; a. M. Hagmann S. 80.
[36] S. 29.
[37] Jäggi Art. 965 N. 220.
[38] Jäggi Art. 1145 N. 44.
[39] Jäggi Art. 1145 N. 46.

Nach Art. 685 Abs. 1 muss die Gesellschaft über die Eigentümer der Namenaktien ein Aktienbuch führen, in das die Aktionäre mit Namen und Wohnort eingetragen werden müssen. Damit ist noch nichts über die Bedeutung des Aktienbuches gesagt; diese kann erst durch Auslegung des Gesetzes gefunden werden. Es stellt sich die Frage, ob die Einrichtung des Aktienbuches für die Namenaktie Regeln schaffe, welche von der allgemeinen (für die übrigen Ordrepapiere gültigen) legitimationsrechtlichen Ordnung abweichen. Im besonderen fragt es sich, ob die AG einem Ansprecher seinen fehlenden Bucheintrag entgegenhalten könne, was bei den übrigen Ordrepapieren (wegen des Fehlens eines entsprechenden Verzeichnisses) unmöglich ist. Die Pflicht zur Führung eines Aktienbuches ist eine blosse Sollvorschrift. Ihre Nichtbeachtung hat keine nachteiligen Folgen auf den Bestand der Gesellschaft oder auf die Rechte und Pflichten der Aktionäre[40]. Oft fehlt daher jegliches Aktionärsverzeichnis.

Es ist offensichtlich, dass die AG zumindest beim Fehlen des Aktienbuches dem Ansprecher den fehlenden Eintrag *nie* entgegenhalten kann, um ihm aus diesem Grund den Zutritt zur GV zu verwehren; wenn sie ihre Pflicht zur Führung des Aktienbuches vernachlässigt, soll sie sich nicht nachträglich auf das Fehlen des Bucheintrages berufen können, Fehlen, welches ja sie selber zu verantworten hat[41]. Die Rechtsfolge der Vernachlässigung der Pflicht zur Führung des Aktienbuchs erschöpft sich nicht in der Haftbarkeit der betreffenden Organe; der Aktionär hat das Recht, die Einrichtung des Aktienbuchs durch Leistungsklage zu erzwingen[42]. Ob der Aktionär allerdings ein «erhebliches Interesse»[43] an der Einrichtung eines Aktienbuchs hat, ist fraglich, da seine Rechte durch dessen Fehlen, das ja die Verwaltung zu verantworten hat, nicht beeinträchtigt werden. Solange das Aktienbuch fehlt, legitimiert sich der Aktionär, indem er die Urkunde vorweist, deren Skriptur ihn als Berechtigten ausweist[44]. Die legitimationsrechtliche Lage bei der Namenaktie unterscheidet sich also zumindest beim Fehlen des Aktienbuches in nichts von derjenigen bei irgendeinem anderen Ordrepapier. Vor der Eintragung ist die AG berechtigt und verpflichtet, die Legitimation des Ansprechers einer Prüfung zu unterziehen. Ob ein Aktienbuch vorhanden sei oder nicht, beschränkt sich das Recht und die Pflicht zur Legitimationsprüfung auf die Präsentation der Aktienurkunde, versehen mit einer ununterbrochenen Reihe von Indossamenten bis zurück auf den im Aktienbuch eingetragenen Aktionär[45] oder mit einem Blankoindossament. Mit der Überprüfung der formellen Ordnungsmässigkeit des

[40] Bürgi Art. 685 N. 1; BGE *86* II 98.
[41] Schucany Art. 686 N. 4 und zitierte Bundesgerichtsentscheide; ZR *37* 165 und *39* 218.
[42] Schucany Art. 685 N. 1; Böckli S. 92; Pestalozzi S. 43.
[43] So Böckli S. 92.
[44] Jäggi Art. 1145 N. 44.
[45] Böckli S. 93.

Indossaments darf und muss sich die Gesellschaft begnügen; ein weitergehendes Prüfungsrecht steht ihr nicht zu. Insbesondere hat sie weder das Recht, «den Übertragungsakt auch materiell, vor allem im Hinblick auf die Echtheit der Übertragungserklärung»[46], noch die Gültigkeit des Grundgeschäfts zwischen dem Veräusserer und dem Erwerber[47] zu prüfen. Durch die Vorweisung der indossierten Aktie hat der Ansprecher seine Pflicht zur Legitimationsführung erfüllt. Insbesondere ist eine Anmeldung an die Gesellschaft von der erfolgten Übertragung nicht erforderlich als Voraussetzung für die Eintragung in das Aktienbuch[48]. Der Zweck, der dem Erfordernis der Anmeldung zugeschrieben wird, «nämlich die AG daran zu hindern, dass sie eigenmächtige Eintragungen vornimmt, wird schon durch das Erfordernis der Präsentation erfüllt, das bei den Namenaktien nicht weniger gilt als bei den Inhaberaktien»[49]. Die Gesellschaft erfährt ja spätestens bei der Geltendmachung vom allfällig erfolgten Mitgliederwechsel. Wenn die Gesellschaft den Aktionär trotz genügender Legitimation zurückweist bis zur Erfüllung weiterer Bedingungen, so bricht sie ihr Versprechen, das sie durch die Ausgabe von Namenaktien eingegangen ist, nämlich den durch die Skriptur der Urkunde formell ausgewiesenen Vorweiser zuzulassen.

Aus dem Gesagten ist ersichtlich, dass bei der Namenaktie nicht, wie VON STEIGER[50] dies annimmt, die Urkunde eine weniger wichtige Rolle spielt als bei der Inhaberaktie, weil bei ihr die Einrichtung des Aktienbuchs hinzutritt. Das Aktienbuch hat nur eine untergeordnete Bedeutung. Insbesondere ist nicht der technische Vorgang der Registrierung ausschlaggebend; sonst könnte die AG trotz gehöriger Legitimationsführung des Aktionärs dessen Eintragung verzögern, um sich dadurch auf das Fehlen des Bucheintrags zu berufen. Der Bucheintrag hat also für die legitimationsrechtliche Lage keine konstitutive Wirkung; er ist nur die Registrierung der schon erfolgten Legitimation durch den Ansprecher und hat daher keine selbständige Bedeutung: er ist reine Vollzugsmassnahme, «Reflex» der positiven Legitimationsprüfung.

Die Eintragung im Aktienbuch hat keine konstitutive Wirkung; weder für die Legitimation gegenüber der Gesellschaft, noch – viel weniger – für die Zuständigkeit am Recht[51]. Die Vorschrift des Art. 685 Abs. 4 (Ausschliesslichkeit des Aktienbuchs als Legitimationsmittel) ist nur auf den Normalfall zugeschnitten, dass das Aktienbuch pflichtgemäss geführt werde[52], dass m. a. W. die Gesell-

[46] So aber BÜRGI Art. 685 N. 26; PESTALOZZI S. 48. Richtig JÄGGI SAG *23* 176.
[47] BÜRGI a. a. O.; richtig SCHUCANY Art. 685 N. 2; SAG *15* 80.
[48] BÖCKLI S. 94; JÄGGI SAG *23* 175; a. M. HAGMANN S. 73 unter Berufung auf Art. 637 Abs. 4 aOR.
[49] BÖCKLI S. 95.
[50] VON STEIGER S. 27.
[51] JÄGGI SAG *23* 179ff; BÖCKLI S. 102; BÜRGI Art. 685 N. 9.
[52] BGE *90* II 173; noch anders *69* II 316, *75* II 352.

schaft sich mit der Vorlage des indossierten Titels begnüge und auch in der Folge jede erfolgreiche Legitimationsführung ohne Verzug ins Aktienbuch aufnehme. Ähnlich wie die Eintrittskarten ersetzt das Aktienbuch das «Urmaterial», aufgrund dessen der Eintrag aber erst vorgenommen wird; insofern ist also der Papierbesitz bei der Namenaktie nicht weniger wichtig als bei jedem anderen Ordrepapier.

Die Bedeutung des Aktienbuches ergibt sich erst, wenn ein Ansprecher auftritt, der sich bereits einmal als Aktionär ausgewiesen hat (und also in das Aktienbuch eingetragen worden ist). Wenn die Gesellschaft das Aktienbuch ordnungsgemäss führt, braucht sie nicht vor jeder Leistung erneut die Legitimation des Eingetragenen zu überprüfen, sondern hat das Recht, sich auf den Text des Aktienbuches zu verlassen, und dies im gleichen Masse, wie sie sich auf die Übereinstimmung von Rechtsschein und Rechtszuständigkeit beim Inhaberpapier verlassen kann[53]. Im Gegensatz zur Legitimationsführung durch die blosse Vorweisung des Aktientitels verschafft daher der Eintrag im Aktienbuch eine *Dauer*legitimation[54]. Die Einrichtung des Aktienbuchs besteht daher im Interesse der AG[55], indem sie eine Erleichterung der Legitimationsprüfung zur Folge hat. Aber auch der Namenaktionär hat ein Interesse daran, im Aktienbuch eingetragen zu sein: er hat einen *Anspruch* darauf, nicht bei Erhebung jeder Leistung erneut den Nachweis seiner Berechtigung erbringen zu müssen. Durch den Eintrag im Aktienbuch dauert die Legitimationswirkung zugunsten des Schuldners ständig fort[56]. Die Legitimationswirkung des Bucheintrags unterscheidet sich daher von derjenigen der blossen Innehabung einzig in der Dauer. Die Gesellschaft darf die Teilnahme des Buchaktionärs einzig von der vorherigen Anmeldung abhängig machen; so ist es unzulässig, für Namenaktien die Hinterlegung der Titel zu verlangen[57]. Diese Ordnung ist jedoch nur legitimationsrechtlicher Natur; die Gesellschaft kann es daher auf sich nehmen, das Ergebnis ihrer ersten Prüfung in Frage zu stellen und die Berechtigung des bereits Eingetragenen (auf ihre Gefahr hin) bestreiten. Der Eintrag verschafft nur eine *widerlegbare* Vermutung auf Mitgliedschaft des Eingetragenen, so dass der AG – selbst nach Vornahme der Eintragung – der Beweis der materiellen Nichtberechtigung offensteht[58]. Ebenso kann die Gesellschaft auf eigene Gefahr solche Ansprecher zulassen, die sich nicht (gehörig) legitimiert haben.

[53] Insbesondere gilt Art. 966 Abs. 2.
[54] Böckli S. 104; Jäggi SAG *23* 177.
[55] BGE *65* II 230.
[56] Jäggi a. a. O.
[57] Streng genommen ist sogar die Erhebung einer Gebühr für die Vornahme des Eintrags unzulässig; solange sie jedoch nur die Kosten des Eintrags deckt (z. B. fünf Franken, von Steiger S. 159), ist sie wohl zuzulassen; ebenso Bürgi Art. 685 N. 24.
[58] Jäggi SAG *23* 177; von Steiger S. 159 und zit. Lit.; BGE *90* II 164; für das Blankoindossament gilt die Ordnung der Inhaberaktie (S. 39 ff).

Da die Eintragung im Aktienbuch auch legitimationsrechtlich ohne Bedeutung ist, sondern nur «die gesellschaftsinterne Auswirkung der Legitimationsführung»[59] darstellt, muss angenommen werden, dass die AG ohne weiteres von sich aus («eigenmächtig») Änderungen der Bucheinträge vornehmen kann[60]; da die Eintragung reine Ordnungsmassnahme ist, kann die AG jederzeit auf ihren Entscheid zurückkommen und die Bucheinträge (beliebig) ändern. Es ist unsinnig, den Eintrag als Skriptur von dessen Wirkung zu unterscheiden[61]; der entkräftete Bucheintrag *soll* sogar gelöscht werden. Obwohl grundsätzlich die Rechte des Aktionärs nicht beeinträchtigt werden, wenn die AG trotz gehöriger Legitimationsführung den Bucheintrag nicht vornimmt, kann dieser gleichwohl ein Interesse an der Eintragung haben; denn in einem Fall ist sein Recht dennoch gefährdet, nämlich wenn die Gesellschaft nachzuweisen vermöchte, dass seine Nichtzulassung keinen Einfluss auf die Beschlussfassung ausgeübt habe (Art. 691 Abs. 3). Der Aktionär hat deshalb eine Klage auf Eintragung[62]. Sogar dann kann jedoch die AG nicht «manu militari» gezwungen werden, den Aktionär zuzulassen.

Da das Aktienbuch nur Legitimationsmittel ist, hat die oft angeordnete statutarische[63] Bestimmung, das Aktienbuch werde eine gewisse Zeit vor Abhaltung der GV geschlossen, nur eine beschränkte Bedeutung. Die AG gibt dadurch ihren Willen bekannt, Mitgliederwechsel nach dem festgesetzten Zeitpunkt nicht mehr zu berücksichtigen; über die Zulässigkeit einer solchen Bestimmung ist noch nichts ausgesagt. In der Tat können – wie bei der Inhaberaktie – die Aktientitel zwischen diesem Zeitpunkt und dem Tag der GV veräussert werden, so dass der Eingetragene nicht mehr der Berechtigte ist; der Rechtsschein (der Bucheintrag) stimmt mit Wissen der Gesellschaft nicht (mehr) mit der wirklichen Rechtslage überein. Dies ist aber genau der Tatbestand des Art. 966 Abs. 2. Die Leistung an den nicht (mehr) Berechtigten hat demnach keine befreiende Wirkung, die AG weist den Erwerber zu Unrecht zurück und wird schadenersatzpflichtig. Die AG darf daher den Aktionär, der erst nach Schliessung des Aktienbuches die Mitgliedschaft erworben hat, nicht zurückweisen; für die Teilnahme an der GV genügt es, zu diesem Zeitpunkt Aktionär zu sein[64]. Überdies wird die Mitgliedschaftsstelle des ausgetretenen Aktionärs nicht vakant, sondern der Buchaktionär bleibt stimmberechtigt; durch dessen Zulassung

[59] JÄGGI SAG *23* 180.

[60] Anders BÜRGI Art. 685 N. 19; BÖCKLI S. 106; HAGMANN S. 82 ff.

[61] So aber BÖCKLI S. 106.

[62] BGE *76* II 67 ff; BÖCKLI S. 95; HAGMANN S. 77; GLETTIG S. 230. Um mit der Klage durchzudringen, genügt, dass der Aktionär nachweist, dass er trotz gehöriger Legitimationsführung nicht eingetragen ist; er kann klagen, ohne die Sache an die GV weitergezogen und den abschlägigen GV-Beschluss angefochten zu haben (BGE *67* II 69).

[63] S. 30.

[64] S. 29 mit Anm. 19.

wirkt aber unbestreitbar ein nicht (mehr) Berechtigter an der Beschlussfassung mit, was nach Art. 691 Abs. 3 die Anfechtbarkeit der Beschlüsse bewirkte. Die Anordnung der Schliessung des Aktienbuches ist auch zweifellos ein «Umstand, den die Gesellschaft zu verantworten hat»[65], so dass dem (berechtigten) Ansprecher das Fehlen des Bucheintrags nicht entgegengehalten werden kann. Wenn dem nicht so wäre, hätte der Aktionär geradezu ein «erhebliches Interesse»[66] daran, dass die AG kein Aktienbuch führe, denn in diesem Fall kann sie ihm wenigstens unter keinen Umständen den fehlenden Bucheintrag entgegenhalten!

g) Die Legitimation bei der vinkulierten Namenaktie. Nach Art. 686 und 627 Ziff. 8 kann die Gesellschaft ihre Namenaktien vinkulieren, d. h. deren Übertragbarkeit beschränken oder ganz aufheben. Sie ist dann nicht mehr – wie bei der frei übertragbaren Namenaktie – verpflichtet, den Erwerber der Aktie in das Aktienbuch einzutragen, selbst wenn er sich über den formgerechten Erwerb der Aktie ausweist. Sie kann die Eintragung sogar ohne Angabe von Gründen verweigern (Art. 686 Abs. 2).

Bei der vinkulierten Namenaktie ist die legitimationsrechtliche Lage viel einfacher als bei der frei übertragbaren. Da die Zustimmung der Gesellschaft für den Übergang der Aktienrechte erforderlich ist, weiss sie immer mit Gewissheit, wer Aktionär ist; der legitimationsrechtliche Grundtatbestand (die Unsicherheit des Schuldners züglich der Rechtszuständigkeit[67]) ist damit nicht gegeben. Einzig wenn die Statuten die Verweigerungsgründe abschliessend aufzählen und diese auf den Erwerber nicht zutreffen, hat dieser einen Anspruch auf Umschreibung des Aktienbuches.

7. Die Person des Teilnahmeberechtigten (des Stimmberechtigten)

I. Stimmberechtigung aufgrund dinglicher Rechte an Aktien

a) Eigentum. Es ist eine Eigenheit der Wertpapiere, dass die Urkunde als Verkörperung der darin anerkannten Rechte erscheint. Dies kommt zum Ausdruck darin, dass der Name der Urkunde (Aktie) zugleich verwendet wird als Bezeichnung für das verurkundete Recht, als die Mitgliedschaft bei der AG schlechthin[1]. Der Eigentümerwechsel (an der Urkunde) erfolgt immer zusammen mit dem Gläubigerwechsel (d. h. Wechsel in der Rechtsträgerschaft), denn beide erfolgen aus demselben Rechtsgrund[2]. Der Eigentümer der Urkunde ist also Mit-

65 Vgl. S. 42 mit Anm. 41.
66 S. 42 mit Anm. 43.
67 JÄGGI Art. 966 N. 7; ders. SAG *23* 181 ff; SAG *38* 252.
1 JÄGGI Art. 965 N. 304; BÖCKLI S. 1; VON STEIGER S. 20.
2 JÄGGI Art. 965 N. 307 f.

glied der Gesellschaft. Er ist immer stimmberechtigt; selbst wenn er schon einen Dritten zur Stimmrechtsausübung ermächtigt hat, kann er an dessen Stelle teilnehmen. Das Recht des Aktionärs auf Teilnahme ist absolut wohlerworben, er kann nur im Einzelfall auf dessen Ausübung verzichten.

b) Fiduziarisches Aktieneigentum. Fiduziarischer Aktionär ist, wer Eigentümer von Aktien ist, jedoch durch obligatorische Abrede verpflichtet, von dieser Rechtsstellung nur einen bestimmten Gebrauch zu machen. Der Berechtigte hat eine «überschiessende Rechtsmacht».

Ohne auf die in der Literatur umstrittenen Punkte einzugehen, soll hier nur auf die Wirkung des fiduziarischen Rechtsgeschäfts eingetreten werden. Fiduziarische Verträge dürfen nicht als simulierte Rechtsgeschäfte behandelt werden [3], denn nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien soll der Fiduziar eigenständiger Rechtsträger werden, in unserem Fall also Eigentümer der Aktie, Aktionär. Und zwar wird der Fiduziar in vollem Umfang dinglich Berechtigter; er kann sein dingliches Recht nicht nur Dritten, sondern sogar dem Fiduzianten entgegenhalten und daher sehr wohl in gültiger Weise von seiner «überschiessenden Rechtsmacht» einen vertragswidrigen Gebrauch machen, also etwa seine Aktie (und damit die Mitgliedschaft) in Verletzung seiner obligatorischen Pflichten veräussern. Dabei geht das Recht auf den Dritten über, unabhängig von dessen gutem oder bösem Willen, denn das Treugut ist nicht anvertraute Sache im Sinne von Art. 933 ZGB, sondern rechtmässiges Eigentum des Fiduziars [4]. Der fiduziarische Aktionär ist demnach gleich zu behandeln wie der gewöhnliche Aktieneigentümer [5]. Auch er ist Eigenberechtigter. Die Gesellschaft kann ihn nicht zurückweisen, selbst wenn sie vom fiduziarischen Rechtsgeschäft Kenntnis hat; einzig bei der vinkulierten Namenaktie ist dies umstritten [6].

c) Gemeinschaftliches Eigentum. Aufgrund des Grundsatzes der Unteilbarkeit (oder Einheitlichkeit) der Mitgliedschaft bestimmt Art. 690 Abs. 1, dass die Rechte aus Aktien in gemeinschaftlichem Eigentum – Gesamt- oder Miteigentum – durch einen Vertreter ausgeübt werden müssen, welcher beim Miteigentum durch Mehrheitsbeschluss, beim Gesamteigentum nur durch einstimmigen Beschluss bestellt wird. Beim «gemeinsamen Vertreter» muss es sich nicht unbedingt um einen der gemeinschaftlichen Eigentümer handeln, sondern es kann ein beliebiger Dritter bestimmt werden. Darin zeigt sich auch, dass die Auffas-

[3] Selbst wenn die Aktien lediglich zu dem Zweck veräussert werden, das mit denselben verbundene Stimmrecht in dem vom Veräusserer gewünschten Sinne geltend machen zu lassen (BGE *53* II 49).

[4] Böckli S. 183.

[5] BGE *72* II 282f; Hagmann S. 17; Böckli S. 184.

[6] Bär ZSR *1966* II 395ff.

sung, nach welcher der Vertreter einer in gemeinschaftlichem Eigentum befindlichen Aktie Eigenberechtigter sei, unzutreffend ist[7]. Bürgi[8] führt zu Recht aus, dass zumindest beim Miteigentum der Miteigentümer nur hinsichtlich seines Anteils als Eigenberechtigter betrachtet werden kann. Er hat demzufolge die Rechtsstellung eines Vertreters und bedarf einer schriftlichen Vollmacht zur Geltendmachung der verbrieften Rechte[9]. Im Aktienbuch wird die Gemeinschaft als Aktionär eingetragen, wenn möglich mit Angabe aller Berechtigten. Der Vertreter braucht nicht eingetragen zu werden, denn er kann sich der Gesellschaft gegenüber durch die Vorweisung der Vollmacht legitimieren.

Für die Anwendung der Stimmrechtsausschlüsse ist wohl zutreffend, den «Stimmrechtsausschluss, der gegen einen der gemeinschaftlichen Eigentümer besteht, die ganze Gemeinschaft erfassen» zu lassen[10].

d) Verpfändung von Aktien. Zur Bestellung eines Pfandrechts an Aktien ist immer die Übergabe der Urkunde erforderlich[11]. Dadurch wird der Pfandnehmer natürlich in die Lage versetzt, sich gegenüber der Gesellschaft zu legitimieren. Bei Namenaktien bedarf es darüber hinaus der Indossierung, wobei ein Pfandindossament ausreicht.

Das Pfandrecht ist ein blosses Wertrecht: der Zweck der Verpfändung ist einzig die Möglichkeit der Ersatzbefriedigung am Pfandobjekt, nicht aber Nutzung und Verwaltung der Aktie. Deshalb bleibt das Stimmrecht nach Gesetz dem Eigentümer vorbehalten[12]. Der Pfandgläubiger muss ihm die Ausübung des Stimmrechts ermöglichen und ihm wohl zu diesem Zweck die Aktien aushändigen, obwohl dadurch das Pfandrecht zwar nicht aufgehoben, aber doch seine Wirkungen während der Dauer des Aufgebens des Besitzes gelähmt werden[13]. Die gesetzliche Regelung ist jedoch nur dispositiver Natur, und gleich wie jeder beliebige Dritte kann der Pfandgläubiger – häufig eine Bank – als Stimmrechtsvertreter bestimmt werden. Weil bei ihm aber die Gefahr des Missbrauchs der formellen Legitimation, den ihm der Besitz der (indossierten) Urkunde verschafft, besonders gross ist, schreibt das Gesetz für die Bevollmächtigung des Pfandgläubigers vor, dass «die Vertretungsvollmacht in einer besonderen Urkunde enthalten» sein müsse[14]. Dieses Erfordernis hat jedoch nur eine

[7] Glettig S. 18; Böckli S. 146; a. M. Hagmann S. 20.
[8] Bürgi Art. 690 N. 6.
[9] Böckli S. 146. Die Gesellschaft kann ihm auch ihre statutarischen Beschränkungen der Vertreterbestellung entgegenhalten, es sei denn, einer der gemeinschaftlichen Eigentümer sei gemeinsamer Stellvertreter.
[10] Böckli S. 148.
[11] Art. 967; Art. 901 ZGB.
[12] Art. 689 Abs. 5; Art. 905 ZGB.
[13] Glettig S. 153; a. M. Bürgi Art. 689 N. 72.
[14] Art. 689 Abs. 5.

eingeschränkte Bedeutung (vgl. 6e). Bei Namenaktien bleibt jedenfalls der Aktieneigentümer im Aktienbuch eingetragen und der Gesellschaft gegenüber legitimiert[15].

e) Nutzniessung. Der Nutzniesser kommt im Gegensatz zum Pfandgläubiger in den vollen Genuss der Sache; dabei erstreckt sich die Nutzniessung zugleich auf die Urkunde und auf die verbrieften Mitgliedschaftsrechte[16]. Deshalb bestimmt Art. 690 Abs. 2, dass das Stimmrecht dem Nutzniesser zustehe, welcher es nicht im Namen des Eigentümers ausübt, sondern als Eigenberechtigter. Nach herrschender Lehre[17] ist aber diese Regelung nicht zwingender Natur. Das Stimmrecht kann deshalb durch eine entsprechende Vereinbarung im Nutzniessungsvertrag oder auf dem Weg der Bevollmächtigung beim Eigentümer belassen werden – nicht aber durch Statutenbestimmung, da diese das Verhältnis zwischen Eigentümer und Nutzniesser nicht beeinflussen können[18].

Da für die Bestellung der Nutzniessung bei Inhaberaktien die Übergabe der Aktien und bei Namenaktien die (Nutzniessungs-)Indossierung erforderlich ist[19], kann sich der Nutzniesser gegenüber der AG ohne weiteres legitimieren. Einen Anspruch auf Eintrag im Aktienbuch hat er dagegen nicht, da er trotz des Nutzniessungsverhältnisses nicht Mitglied der Gesellschaft wird[20]. Wenn die Nutzniessung durch Erbgang entstanden ist, genügt zur Legitimation der Nachweis der gesetzlichen Nutzniessung. Neben dem Stimmrecht stehen dem Nutzniesser auch die anderen Mitverwaltungsrechte zu, vor allem das Recht auf Anfechtung von gesetz- oder statutenwidrigen Beschlüssen. Dass neben dem Nutzniesser auch der Eigentümer ein Recht auf Teilnahme an der GV habe, muss verneint werden.

Auch der Nutzniesser ist nicht (gesetzlicher) Stellvertreter des Eigentümers, sondern seine Stimmberechtigung ist «Ausfluss der Rechtsstellung eines Nutzniessers an Aktien»[21].

Bei vinkulierten Namenaktien darf die AG nach herrschender Lehre[22] dem Nutzniesser die statutarischen Vinkulierungsbestimmungen entgegenhalten, aufgrund deren sie einen nicht genehmen Erwerber zurückweisen kann. Der Eigentümer bleibt dann der Gesellschaft gegenüber allein berechtigt, an der GV teilzunehmen.

15 Böckli S. 136.
16 Jäggi Art. 965 N. 304; von Steiger S. 148 f.
17 Hagmann S. 18; Pestalozzi S. 78; Böckli S. 143.
18 A. M. Böckli S. 143; von Steiger S. 150.
19 Art. 967 Abs. 1; Art. 746 ZGB.
20 A. M. Böckli S. 138; Bürgi Art. 684 N. 32; Pestalozzi S. 46; Glettig S. 85.
21 Böckli S. 142.
22 Von Steiger S. 149; Bürgi Art. 684 N. 32; Böckli S. 143.

f) Hinterlegung, Bankdepot. Nach Art. 472 besteht der Hinterlegungsvertrag darin, dass sich der Aufbewahrer dem Hinterleger verpflichtet, eine bewegliche Sache (die Aktie) zu übernehmen und sie an einem sicheren Ort aufzubewahren. Der Aufbewahrer erwirbt kein (beschränktes) dingliches Recht an der Sache und ist daher nicht stimmberechtigt, obwohl er sich, wenigstens bei Inhaber- und blanko indossierten Namenaktien, gehörig zu legitimieren vermöchte. Einzig wenn ausdrücklich ein sog. irreguläres Depot vereinbart worden ist, verliert der «Hinterleger» jedes dingliche Recht an der Aktie und hat nur mehr einen obligatorischen Anspruch auf Rückgabe einer entsprechenden Anzahl von Aktien; in diesem Fall ist natürlich der «Aufbewahrer» als Eigentümer stimmberechtigt[23].

Wenn der Aufbewahrer eine Bank ist, werden die Aktien meist in offenem Depot hinterlegt, d. h. in der Weise, dass die Bank auf die Aktien greifen kann und sie gleichzeitig mit der Verwaltung der hinterlegten Titel beauftragt wird (eigentlicher Bankdepotvertrag). Häufig ist sogar die Verwaltung vom wirtschaftlichen Standpunkt aus das wichtigere Element des Vertrags[24]. Um «Stimmrechtsanmassungen» der Bank aufgrund ihrer Fähigkeit, sich (bei inhaber- und blanko indossierten Namenaktien) der Gesellschaft gegenüber zu legitimieren, zu verhindern, wurde die Schutzbestimmung des Art. 689 Abs. 5 aufgenommen. Danach genügt nicht einmal die Schriftlichkeit der Ermächtigung, sondern diese muss in einer «besonderen Urkunde» enthalten sein. Dieses Erfordernis hat jedoc nur eine eingeschränkte Bedeutung[25].

II. Die gesetzliche Stellvertretung.

Da das Stimmrecht kein höchstpersönliches Recht ist, ist dessen Ausübung durch gesetzliche Stellvertreter möglich. Im Gegensatz zur vertraglichen Stellvertretung ist die Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters exklusiv, d. h. der Aktionär kann sein Recht aus natürlichen oder juristischen Gründen nicht selber ausüben[26]. Damit das wohlerworbene Recht des Aktionärs auf Teilnahme an der GV und auf Stimmabgabe dennoch ausgeübt werden kann, dürfen dem gesetzlichen Stellvertreter nur diejenigen Stimmrechtsbeschränkungen entgegengehalten werden, welche auch den Aktionär selbst betreffen[27]. Statutarische Vorschriften, welche Einschränkungen für die Vertreterbestellung beinhalten, können m. a. W. ihm gegenüber nicht geltend gemacht werden[28]; denn

[23] Art. 481 Abs. 3; vgl. Böckli S. 134.
[24] BGE *63* II 242.
[25] Vgl. S. 54 ff.
[26] Mit Ausnahme des Beistandes (Böckli S. 153; Moser S. 110; vgl. Egger Art. 417 N. 7).
[27] Moser S. 118; Hagmann S. 21; Böckli S. 150.
[28] Böckli S. 151; von Steiger S. 185; ders. SAG *23* 65 ff; Schucany SAG *30* 262 f.

der gesetzliche Stellvertreter tritt nach zwingender gesetzlicher Vorschrift an die Stelle des Aktionärs. Aus demselben Grund darf vom gesetzlichen Vertreter keine schriftliche Vollmacht gefordert werden, wie dies bei der gewillkürten Stellvertretung der Fall ist; es genügt, dass er seine gesetzliche Vertretungsmacht nachweist. Die Form dieses Nachweises ergibt sich aus den entsprechenden Gesetzesbestimmungen (Auszug aus dem Handelsregister für den Vertreter einer juristischen Person, Familienbüchlein und Auszug aus dem Güterrechtsregister für den Ehemann, Familienbüchlein für den Inhaber der elterlichen Gewalt, Bestellungsurkunde für den Vormund, den Beistand und für den gesetzlichen Vertreter des Erbrechts, gerichtliches Konkurserkenntnis für den amtlichen Konkursverwalter, beglaubigter Auszug aus dem Protokoll der Gläubigerversammlung für den ausseramtlichen Konkursverwalter [29]).

In der Ausübung des Stimmrechts ist der gesetzliche Vertreter nicht an Weisungen des Vertretenen gebunden [30], muss jedoch dessen Interessen wahrnehmen, ansonsten er schadenersatzpflichtig wird.

III. Die vertragliche Stellvertretung.

a) Das Recht auf Vertreterbestellung. Die Tatsache, dass er verhindert ist, an der GV teilzunehmen, soll den Aktionär nicht der Möglichkeit der Einflussnahme auf die Gesellschaft berauben. Art. 689 Abs. 2 erklärt deshalb ausdrücklich die Stellvertretung als zulässig. Das Recht auf Vertreterbestellung ist nach herrschender Lehre relativ wohlerworben [31]. Es kann zwar statutarisch eingeschränkt, nicht aber völlig entzogen werden.

Durch die Stellvertretung wird nicht etwa das Stimmrecht an sich, sondern nur dessen Geltendmachung dem Stellvertreter überlassen. Da jede Aktie eine unabhängige Mitgliedschaft beinhaltet, kann sich der Aktionär durch verschiedene Bevollmächtigte vertreten lassen [32].

b) Grundverhältnis und Vollmacht. Zur (offenen) Stimmrechtsvertretung sind zwei Elemente notwendig: ein Grundverhältnis, das die Beziehungen zwischen dem Aktionär und seinem Vertreter regelt und dessen Vorhandenseins sich die Parteien oft nicht einmal bewusst sind; dieses obligatorische Verhältnis bedarf keiner besonderen Form [33]. Ein Dritter wird aber einen Beweis für die Vertretungsmacht des Ansprechers verlangen. Dazu dient die *Vollmacht*. Veranlas-

[29] Vgl. dazu Böckli S. 151–160; Moser S. 116f.
[30] Moser S. 110; Böckli S. 150.
[31] Schluep S. 146; Bürgi Art. 689 N. 17; Böckli S. 162.
[32] Moser S. 103; Hagmann S. 23.
[33] Art. 11 Abs. 1.

sungsgeschäft und Vollmacht sind unabhängig voneinander[34] und haben verschiedene rechtliche Wirkung; das Grundverhältnis bestimmt materiellrechtlich Bestand und Umfang der Vertretungsmacht, die Vollmacht soll nur das Vorhandensein der Vertretungsmacht Dritten gegenüber kundtun. Die Vollmacht hat demnach nur Aussenwirkung, sie ist lediglich legitimationsrechtlicher Natur[35]. Der Ausweis über die Rechtszuständigkeit ist daher immer der wirklichen materiellen Rechtslage untergeordnet. Wenn die Gesellschaft das Vorhandensein des Grundverhältnisses als sicher annimmt, kann sie den Ansprecher ohne vorherige Prüfung der Vollmacht zulassen.

Obwohl von ihnen unabhängig in Bestand und Umfang, soll die Vollmacht möglichst die materiellrechtlichen Verhältnisse wiedergeben; der Aktionär kann seinem Vertreter sehr präzise Weisungen erteilen, z. B. sich bei gewissen Traktanden der Stimme zu enthalten, bei andern in einem bestimmten Sinn zu stimmen, oder er kann ihm allgemein oder nur für gewisse Traktanden verbieten, Anträge zu stellen oder das Wort zu ergreifen. Falls solche Klauseln in die Vollmachtsurkunde aufgenommen werden, ist die AG keinesfalls verpflichtet, zu überwachen, dass sich der Vertreter an diese Einschränkungen hält[36]. Anderseits darf m. E. die Gesellschaft einen Vertreter, der eine solche «verklausulierte» Urkunde vorweist, nicht deswegen zurückweisen; solche Klauseln gelten einfach als nicht geschrieben[37]. Gegenüber der Gesellschaft umfasst die Bevollmächtigung nicht nur die Stimmrechtsausübung, sondern alle andern korporativen Rechte des Vertretenen, welche an der GV ausgeübt werden[38]. Die Einrichtung der Vollmacht dient ja gerade dazu, die Beziehungen zwischen dem Vertreter und der Gesellschaft zu vereinfachen. Überdies birgt jede Stellvertretung die Gefahr in sich, dass sich der Vertreter nicht an die Weisungen des Vertretenen hält und ihn dennoch durch seine Handlungen bindet.

c) Die Legitimation des Bevollmächtigten. Gibt sich der Ansprecher als Stellvertreter aus, so hat die Gesellschaft eine doppelte Legitimationsprüfung vorzunehmen; zuerst muss sie feststellen, ob und in welchem Umfang der Vollmachtgeber berechtigt ist; sodann muss sie die Legitimation des Ansprechers als Stellvertreter prüfen. Durch die doppelte Legitimationsprüfung ist die Gefahr, dass Unbefugte an der GV teilnehmen, erheblich grösser. Die Rechtsfolgen der Teilnahme Unbefugter sind dieselben, ob der Mangel an Rechtszuständigkeit in der Person des Stellvertreters oder des Vollmachtgebers vorliegt[39].

[34] OSER/SCHÖNENBERGER Art. 32 N. 27; MOSER S. 91 ff.

[35] Die Vollmacht hat daher keine «Rechtswirkung für den Bestand, bzw. Nichtbestand des Vertretungsverhältnisses», wie HAGMANN (S. 90) meint.

[36] BÖCKLI S. 169; MOSER S. 94; a. M. BÜRGI Art. 689 N. 31.

[37] A. M. BÖCKLI S. 171; MOSER S. 94.

[38] MOSER S. 92.

[39] MOSER S. 98; a. M. BÖCKLI S. 171.

Bei Namenaktien ist die AG berechtigt und verpflichtet, die Legitimation des Ansprechers als Stellvertreter aufgrund der Vollmachtsurkunde zu prüfen[40]; sie muss Vorliegen und Vollständigkeit der Urkunde feststellen, kann aber auf eigene Gefahr auch solche Ansprecher zulassen, die sich nicht genügend legitimieren können.

Im Gegensatz zu den Namenaktien genügt der Besitz der Inhaberaktie als Ausweis für die Ausübungsberechtigung des Ansprechers in ihrer Gesamtheit[41]. Der Ansprecher kann deshalb durch die Vorweisung der Urkunde auch den Rechtsschein der Vertretungsbefugnis begründen. Die (offene) Stellvertretung bei der Inhaberaktie ist also auch möglich in der Weise, dass der Ansprecher die Urkunde vorweist und erklärt, er handle nicht als Eigenberechtigter, sondern als Stellvertreter, und nicht nur «in der Weise, dass der Aktionär seine Inhaberaktien auf den eigenen Namen bei der Gesellschaft hinterlegt und mit schriftlicher Vollmacht einen offenen Vertreter bestellt»[42]; wenn der Schuldner sich nicht mit der Vorweisung der Inhaberaktie begnügt, sondern eine schriftliche Vollmacht verlangt und bis dahin die Leistung verweigert, so bricht er damit sein Versprechen, sich mit der blossen Vorweisung zu begnügen[43]. Es wäre also unvereinbar mit der gesetzlich verankerten Natur der Inhaberaktie als Inhaberpapier, neben der Vorlegung der Urkunde eine Vollmacht zu verlangen. Auch wäre es widersprüchlich, vom Ansprecher einen solchen Ausweis zu verlangen, wenn er erklärt, Stellvertreter zu sein, nicht aber, wenn er seine Einziehungsbefugnis ohne nähere Begründung behauptet, da er ja gar nicht zu erklären braucht, ob er in eigenem oder fremdem Namen handle[44]. Überdies würde auf diese Weise der Inhaberaktionär gezwungen, gegenüber der Gesellschaft seinen Namen bekanntzugeben, da die Vollmacht durch den Vollmachtgeber unterzeichnet sein muss; durch den Erwerb von Inhaberaktien suchte er dies vielleicht gerade zu vermeiden[45]. Selbst im Falle, da «die Statuten gegenüber dem einzelnen Aktionär eine absolute Maximalzahl von Stimmen festsetzen, dem Bevollmächtigten aber – der zum Beispiel für mehrere Aktionäre auftritt oder selber Aktionär ist – nicht die Beschränkung auferlegen, dass er bloss eine bestimmte Höchstzahl von Aktien in seiner Hand vereinigen dürfe»[46], kann der

[40] Vgl. S. 51. Die Statuten können nicht strengere Formvorschriften aufstellen und etwa eine öffentliche Urkunde verlangen (MOSER S. 92; anders FUNK Art. 689 N. 4, BÜRGI Art. 689 N. 38, VON STEIGER S. 185, die das Erfordernis einer Beglaubigung zulassen wollen).

[41] S. 39 f.

[42] So BÖCKLI S. 166 unter Berufung auf Art. 689 Abs. 3, welcher nur für Namenaktien gilt. Richtig SAG *2* 63 ff; SCHETT S. 39; BÜRGI Art. 689 N. 39.

[43] Sog. Legitimationswirkung zugunsten des Inhabers, vgl. S. 37 ff.

[44] S. 39 f.

[45] Vgl. dazu § 135 Abs. 4 S. 2 und 4 AktG welcher sogar eine «Vollmacht» ohne Nennung des Vollmachtgebers («im Namen dessen, den es angeht») vorsieht, damit für Inhaberaktien die Anonymität gewahrt bleibe (vgl. BARZ § 135 N. 25)! Siehe VISCHER/RAPP S. 140.

[46] MOSER S. 90.

Inhaber ohne Vollmacht im Namen der verschiedenen Eigentümer auftreten; denn die Innehabung vermag auch diesen besonderen Rechtsschein zugunsten des Vorweisers zu begründen. Art. 689 Abs. 5 schreibt jedoch auch für Inhaberaktien eine schriftliche Bevollmächtigung vor, nämlich wenn der Inhaber der Aktientitel diese aufgrund von Verpfändung, Hinterlegung oder leihweiser Überlassung besitzt[47], in Fällen also, in denen der Besitzer, obwohl nicht stimmberechtigt, sich gehörig auszuweisen vermag. Die Gefahr des Missbrauchs der formellen Legitimation ist daher besonders gross.

Diese Gesetzesbestimmung ändert jedoch nichts an der legitimationsrechtlichen Lage: für *alle* Inhaberpapiere ist die Innehabung der Urkunde schlechthin ausreichendes Legitimationsmittel, also auch der unselbständige Besitz des Pfandgläubigers, des Depositars und des Entlehners. Das Erfordernis der schriftlichen Vollmacht beeinflusst demnach in keiner Weise das Verhältnis zwischen dem Stellvertreter und der Gesellschaft; insbesondere darf sich die AG nicht auf das Fehlen der Vollmachtsurkunde berufen, um dem (wirklichen) Stellvertreter den Zutritt zur GV zu verweigern[48]. Selbst wenn die Gesellschaft den schwierigen Beweis des Fehlens der schriftlichen Vollmacht zu erbringen vermöchte, zeigt sie also damit nicht die mangelnde materielle Berechtigung des Ansprechers auf. Es handelt sich daher nicht um eine Vollmacht im eigentlichen Sinn[49]. Wie Art. 689 Abs. 5 selber festhält, gilt das Erfordernis der schriftlichen Vollmacht nur «für das Verhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer». Auf das Fehlen der Vollmachtsurkunde kann sich daher einzig der Eigentümer berufen. Auch er kann aber auf die Geltendmachung dieses Mangels zum voraus verzichten. Das gesetzliche Erfordernis der schriftlichen Bevollmächtigung (in einer besonderen Urkunde) ist deshalb eine Sollvorschrift in dem Sinne, dass das Grundgeschäft gültig ist ohne die Schriftlichkeit der Ermächtigung und deren Fehlen lediglich dem Eigentümer als Beweis für die unrechtmässige Stimmrechtsausübung des Besitzers (als Anfechtungsgrund nach Art. 691) dient; m.a.W. hat die Stimmrechtsausübung des Pfandgläubigers, Depositars oder Entlehners unter Missachtung der Formvorschrift des Art. 689 Abs. 5 nur dann Folgen, wenn sie ohne Wissen des Eigentümers erfolgt. Wenn der Inhaberaktionär einen Stellvertreter mit der Stimmrechtsausübung an der GV beauftragt, kann selbst er sich nicht nachträglich auf das Fehlen der schriftlichen Vollmacht berufen; dies wäre rechtsmissbräuchlich. Die Ermächtigung dient daher nur als Beweismittel; der unselbständige Besitzer, der trotz gehöriger Legitimationsführung nicht zugelassen wird, kann die Verwaltung durch Vorzeigen der schriftlichen Ermächtigung von seiner Vertretungsbefugnis zu überzeugen ver-

[47] Vgl. die berechtigte Kritik diesej Aufzählung bei GÜRTLER S. 84f.
[48] Sogar im Prozess genügt die blosse Innehabung als Ausweis seiner Einziehungsbefugnis.
[49] So BÜRGI Art. 689 N. 35ff; PESTALOZZI S. 84; HAGMANN S. 25; BÖCKLI S. 213; MOSER S. 133.

suchen, wenn er es aus irgendeinem Grund nicht auf einen Anfechtungsprozess ankommen lassen will[50]. Sogar in diesem Fall kann ihn die Gesellschaft weiterhin (pflichtwidrig) zurückweisen.

Eine grössere Bedeutung hat die schriftliche Ermächtigung im Prozess zwischen dem Besitzer und dem Eigentümer; behauptet der Eigentümer, der Besitzer habe das Stimmrecht zu Unrecht ausgeübt, so genügt dazu, dass er das Fehlen einer schriftlichen Bevollmächtigung nachweist; anderseits kann der Besitzer die Behauptung des Eigentümers durch den Nachweis des Vorhandenseins der Vollmachtsurkunde entkräften (oder durch den Nachweis, dass trotz des Fehlens der Vollmacht ein gültiges Vertretungsverhältnis bestand).

Wenn der Besitzer unbefugterweise das Stimmrecht ausübt, kann er dem Eigentümer schadenersatzpflichtig werden[51]. Daneben kann der Eigentümer (sowie jeder andere Aktionär und die Verwaltung) die unter Mitwirkung des Unbefugten gefassten Beschlüsse nach Art. 691 anfechten, wenn er nachweist, dass dem «Stellvertreter» die materielle Vertretungsbefugnis abging, worauf aber Fehlen oder Vorhandensein der schriftlichen Vertretungsvollmacht keinen Einfluss hat.

Wenn die Gesellschaft dem Stellvertreter weder seine fehlende Vertretungsbefugnis noch die mangelnde Einziehungsbefugnis des Vertretenen nachweist, so kann sie ihm noch allfällige statutarische Beschränkungen der Vertreterbestellung entgegenhalten, wenn sie nachweist, dass der Ansprecher unter die entsprechende Beschränkung fällt. Diese Beschränkungen sind zulässig für Namen- und für Inhaberaktien, sie stehen nicht mit dem Wesen der Inhaberpapiere im Widerspruch[52]; denn diese Einschränkungen haben keinen Einfluss auf die legitimationsrechtliche Ordnung und sind daher unbedenklich vom wertpapierrechtlichen Standpunkt aus: sie beeinflussen nur die materiellrechtliche Lage, welche nicht durch die Regeln des Wertpapierrechts bestimmt wird[53].

d) Verdeckte Stellvertretung, Legitimationsübertragung. Statt einen offenen Stimmrechtsvertreter zu bestellen, kann der Aktionär einem Dritten ermöglichen, das Stimmrecht aus seinen (des Aktionärs) Aktien in eigenem Namen auszuüben, also nach aussen als Aktionär aufzutreten. Dies bewirkt er dadurch, dass er dem Dritten den Rechtsschein überlässt, womit er die Gesellschaft zwingt, den Dritten, der sich ja nunmehr gehörig auszuweisen vermag, als

[50] Hagmann S. 54; Böckli S. 214.
[51] Art. 97 ff; evtl. Art. 41 ff.
[52] Anders die herrschende Lehre; vgl. Bürgi Art. 689 N. 25; Schluep S. 145; Böckli S. 175; Funk Art. 689 N. 3.
[53] Jäggi Art. 978 N. 84.

Stimmberechtigten anzuerkennen. Diese sog. Legitimationsübertragung ist nicht identisch mit der fiduziarischen Aktienübertragung, denn das Eigentum an der Aktie geht nicht – auch nur fiduziarisch – an den Dritten über. Die Legitimationsübertragung ist gerade dadurch gekennzeichnet, dass dem Dritten nur nach aussen die Rechtsstellung eines Aktionärs verschafft wird, während er in Wirklichkeit nicht Mitglied ist. Obwohl Eigentümer und Legitimationsaktionär nicht die Übertragung der Mitgliedschaft beabsichtigen, wählen sie die für die wirkliche Übertragung notwendige Form, in der Absicht, nach aussen den Schein einer wirklichen Übertragung herzustellen. Die wirkliche Übertragung ist nur vorgetäuscht, die Abtretung zu vollem Recht nur *simuliert*[54]. Nach den allgemeinen Regeln ist das Scheingeschäft nichtig, und jedermann kann sich auf die Nichtigkeit berufen[55]. Mit dem Scheingeschäft wollen jedoch die Parteien ein ernstlich gewolltes Vertragsverhältnis verdecken: «Hinter der scheinbaren Verschaffung des Eigentums steht eine verdeckte Ermächtigung an den Legitimationsaktionär zur Ausübung der Rechte des wahren Mitglieds»[56]; Legitimationsübertragung ist also verdeckte Stellvertretung. Obwohl der Legitimationsaktionär gegenüber der AG als Aktionär auftritt, bleibt er doch nur Stellvertreter; das dissimulierte Rechtsgeschäft ist die Bestellung eines Stimmrechtsvertreters. Nach den allgemeinen Regeln ist das verdeckte Rechtsgeschäft gültig, wenn die für seine Errichtung vorgeschriebene Form eingehalten wird.

Bei Inhaberaktien legitimiert sich der Legitimationsaktionär durch Vorweisung der ihm «geliehenen» Aktienurkunden, indem er seine Berechtigung überhaupt nicht begründet oder indem er ausdrücklich erklärt, Eigenberechtigter zu sein[57]. Wenigstens im zweiten Fall fallen Legitimation und materielles Recht auseinander: der Ansprecher nimmt den Rechtsschein eines Eigenberechtigten in Anspruch, während er «materiellrechtlich nur Vertreter» ist[58]. Die Gesellschaft kann es deshalb auf sich nehmen, auf die wirkliche Rechtslage durchzugreifen; sie wird nicht schadenersatzpflichtig, wenn sie nachzuweisen vermag, dass der vom Ansprecher beanspruchte Rechtsschein nicht mit der wirklichen Rechtslage übereinstimmt. Allerdings darf die AG sogar im Falle, da sie mit Erfolg die verdeckte Stimmrechtsvertretung aufgezeigt hat, den Legitimationsaktionär nicht wegweisen; denn sie kann höchstens nachweisen, dass der Legitimationsaktionär entgegen seiner Behauptung nicht aufgrund der Eigenberechtigung, sondern aufgrund seiner Eigenschaft als Stellvertreter berechtigt ist, nicht aber, dass der Ansprecher überhaupt nicht berechtigt sei. Da sich die Gesellschaft mit der blossen Vorweisung der Urkunde begnügen muss, ob sich der

[54] Bürgi Art. 689 N. 36; Hagmann S. 26; Böckli S. 215.
[55] Art. 18.
[56] Pestalozzi S. 83.
[57] Nicht aber, indem er erklärt, er handle als Stellvertreter: dies wäre eine offene Stellvertretung.
[58] Bürgi Art. 689 N. 37; Schett S. 30.

Ansprecher als Aktionär oder als Stellvertreter ausgebe, kann sie den Legitimationsaktionär nicht durch Aufdeckung des Vertretungsverhältnisses zurückweisen. Allerdings wird der Inhaberaktionär beweispflichtig, wenn der von ihm beanspruchte Rechtsschein zerstört wird. Die Legitimationsübertragung ist deshalb zulässig. Sie bildet jedoch keine selbständige Rechtsform und ist deshalb keiner besonderen Behandlung würdig: es handelt sich um einen simulierten Rechtsakt, auf den die allgemeinen Regeln der Simulation anzuwenden sind. Das Scheingeschäft ist somit nichtig, das dissimulierte gültig, wenn es in der für das verdeckte Rechtsgeschäft erforderlichen Form abgeschlossen wurde, was nur bei der Inhaberaktie der Fall ist.

Die Legitimationsübertragung ist auch für Namenaktien möglich. Sie vollzieht sich in der Weise, dass der Aktionär dem Dritten die indossierte Aktienurkunde übergibt, womit die Gesellschaft gezwungen wird, den Dritten ins Aktienbuch einzutragen, da er sich ja genügend zu legitimieren vermag, obwohl er in Wirklichkeit nur Stellvertreter ist. Auch hier liegt ein Scheingeschäft (Übertragung zu vollem Recht) und ein dissimuliertes Rechtsgeschäft (Stimmrechtsvertretung) vor. Auch hier ist es der AG unbenommen, auf die materielle Rechtslage durchzugreifen [59] und den Rechtsschein der Eigenberechtigung, den der Ansprecher in Anspruch nimmt, zu zerstören. Wenn sie die verdeckte Stellvertretung aufdeckt, kann sie den Pseudoaktionär zurückweisen; denn anders als bei der Inhaberaktie genügt die Legitimation, welche dem Ansprecher den Schein der Eigenberechtigung verschafft, nicht auch, um ihn als Stellvertreter auszuweisen. Vielmehr ist dazu neben der Vorweisung der indossierten Urkunde eine schriftliche Vollmacht nötig, ohne welche die AG keinen (verdeckten) Stellvertreter zuzulassen braucht [60]. Die Legitimationsübertragung bei der Namenaktie scheitert also daran, dass die für das dissimulierte Geschäft erforderliche Form nicht eingehalten wird; nach Aufdeckung der materiellen Rechtslage kann sich die Gesellschaft auf das Fehlen der schriftlichen Vollmacht berufen, um den Ansprecher abzuweisen.

[59] A. M. HAGMANN S. 90.
[60] S. 51 ff.

1. Anzuwendende Vorschriften

Das Gesetz enthält keine zusammenhängende Regelung über den Ablauf der GV. Mit der Lehre[1] muss das Vorhandensein allgemeiner (parlamentarischer?) Grundregeln angenommen werden, welche herangezogen werden müssen, um die Gesetzeslücke zu schliessen. Die Statuten dürfen sich nicht über das Gesetz und die erwähnten Grundregeln hinwegsetzen. Dennoch bleibt den Statuten ein weiter Spielraum, um Normen aufzustellen, in welcher Weise die Gesellschafter beraten und beschliessen.

Wenn in den Statuten keine Geschäftsordnung bestimmt wird, so kann die GV auch ohne vorherige Ankündigung als Gegenstand der Tagesordnung eine eigene Geschäftsordnung für die einzelne GV beschliessen[2]; diese hat aber nur die Tragweite eines blossen Beschlusses. Wenn hingegen die Geschäftsordnung für alle zukünftigen GV gelten soll, so ist sie nur als Statutenbestandteil zulässig: der Aktionär soll aus den Statuten einwandfrei entnehmen können, unter welchen Bedingungen er seine wichtigsten Mitverwaltungsrechte ausüben kann[3]; denn die Geschäftsordnung greift, z. B. durch Bestimmungen über Redezeit, über Teilnahme von Presse, über Abstimmungsverfahren und dergleichen, in die Befugnisse des Aktionärs ein. Ein eigentliches GV-Reglement kann es daher nicht geben und kommt in der Praxis auch nicht vor. Selbst eine statutarische Ermächtigung genügt m. E. nicht zur Herausgabe eines GV-Reglementes.

Die Bestimmungen, welche die Organisation der innergesellschaftlichen Willensbildung betreffen, können nur Ordnungscharakter haben und Sollvorschrift sein, sie können aber auch Gültigkeitsvoraussetzung der betreffenden Beschlüsse sein. Die Unterscheidung hat jedoch nur eine beschränkte Bedeutung, denn selbst wenn die Vorschrift Gültigkeitsvoraussetzung ist, wird vielfach der in Verletzung der Vorschrift gefasste Beschluss geschützt, weil in ihm zugleich ein Beschluss gesehen wird, wonach der Formzwang aufgehoben sein soll[4] – dies wenigstens für nur reglementarische Vorschriften. Selbst wenn die

[1] Stebler S. 16ff; Feldmann S. 51ff; Eckardt Vorbem. N. 31 und zit. Lit.; Hensel S. 60ff; Neidhardt SJZ *27* 375; Obermüller/Werner/Winden S. 93; Egger Art. 66/67 N. 3 und viele andere.

[2] RGZ *36* 24ff.

[3] Barz § 119 N. 5; a. M. Jäggi/Hug S. 336f; Bürgi Art. 712 N. 32 und 38. – Der Aktionär hätte auch keinen durchsetzbaren Anspruch darauf, dass das Reglement eingehalten werde, da nach Art. 706 nur die Verletzung gesetzlicher oder statutarischer Bestimmungen die Anfechtbarkeit der Beschlüsse begründet.

[4] RGZ *95* 175; H. und U. H. Schneider, Die Organisation der Gesellschaftsversammlung bei Personengesellschaften. In: Festschrift für Philipp Möhring, München, 1975, S. 277. Nach Jäggi führt dies zur Anarchie (Jäggi/Hug S. 338).

Geschäftsordnung in den Statuten bestimmt wird, haben die betreffenden Bestimmungen im Zweifel nur den Zweck, die gesellschaftsinterne Willensbildung zu erleichtern, und wollen somit nicht ausschliessen, dass der Willen der GV auf andere Weise gültig zustande komme. Sogar im gegenteiligen Fall müsste die Tatsache, dass nicht das vorgeschriebene, sondern ein anderes Verfahren angewandt wurde, einen Einfluss auf die Beschlussfassung ausgeübt haben [5].

Soweit keine entsprechenden statutarischen Bestimmungen bestehen, kann die GV in nur sie betreffenden eigenen Angelegenheiten selber entscheiden; dazu bedarf es keiner statutarischen Ermächtigung; diese Zuständigkeit versteht sich aus der Natur der Sache [6]. Die GV muss sich aber an das Gesetz und die erwähnten parlamentarischen Grundregeln halten.

2. Der Vorsitz in der GV

Vom Gesetz wird nirgends ein Versammlungsleiter verlangt [1]. Das Fehlen eines Vorsitzenden ist also grundsätzlich kein Anfechtungsgrund, wenn Statuten und Mehrheit der Versammlung keinen Präsidenten verlangen. Tatsächlich ist aber ein Vorsitzender nur bei Versammlungen mit sehr wenigen Teilnehmern (etwa bei Familienaktiengesellschaften) entbehrlich. In allen übrigen Fällen erweist sich seine Ernennung als notwendig. Nach SIEGWART [2] hat sogar jeder Aktionär gegenüber seinen Mitaktionären einen Anspruch darauf, dass sie zur Wahl eines Vorsitzenden Hand bieten, wenn ohne dessen Leitung kein ordnungsgemässer Ablauf der GV gewährleistet ist. Dies ist zu verneinen; jedoch kann die Tatsache, dass kein Vorsitzender bestimmt wurde, als Beweis dienen, um nachzuweisen, dass die GV in Unordnung oder Chaos ablief, was seinerseits die Anfechtbarkeit der Beschlüsse zur Folge haben kann [3].

a) Die Bestimmung des Vorsitzenden. Die Statuten können den Vorsitz der GV frei regeln. Häufig geht die Regelung dahin, dass die Versammlung durch den Präsidenten des Verwaltungsrates und bei dessen Ausfall durch seinen Stellvertreter oder ein anderes vom Verwaltungsrat bestelltes Mitglied der Verwaltung geleitet wird. Die Statuten können der GV auch nur vorschreiben, unter welchen Personen sie den Vorsitzenden auszuwählen hat. Wenn der Vorsitzende

[5] S. 121 ff.

[6] BARZ § 119 N. 5; GADOW/HEINICHEN § 103 N. 2c. Auch eine besondere Ankündigung ist nicht nötig.

[1] Anders Art. 5 der Verordnung über die Gläubigergemeinschaft bei Anleihensobligationen vom 9. Dez. 1949; auch §§ 129 Abs. 4 und 130 Abs. 2 AktG.

[2] SAG *16* 221.

[3] S. 125.

während der Versammlung ausfällt, so bestimmt sich seine Nachfolge ebenfalls nach den Statuten, sofern diese eine Reihenfolge der Berufung beinhalten.

Die GV ist an die statutarische Regelung gebunden. Selbst durch einstimmigen Beschluss kann sie sich nicht darüber hinwegsetzen und etwa den statutarisch bestimmten Vorsitzenden während der GV ersetzen[4]. Wenn sie sich nicht an die Statuten hält, so kann dieser Verstoss die Anfechtbarkeit der Beschlüsse zur Folge haben. Falls die Statuten keine diesbezügliche Vorschrift enthalten oder alle statutarisch bestimmten Personen verhindert sind, so ist es Sache der GV, einen Versammlungsleiter zu wählen[5], denn die GV kann in eigenen Angelegenheiten selbst entscheiden. Bei Schweigen der Statuten ist also nicht die Verwaltung zuständig, die Versammlung zu leiten[6]. Die GV ist in ihrer Wahl frei, muss aber eine Person wählen, die ohnehin zur Teilnahme berechtigt ist[7]. Sie kann den von ihr gewählten Vorsitzenden jederzeit abberufen, da er sein Amt nicht von den Statuten ableitet.

Da die Wahl des Tagespräsidenten bereits Beschlussfassung ist, bedarf es schon dazu einer Leitung. Diese Befugnis steht dem Einberufer zu, im Normalfall also der Verwaltung, welche eines ihrer Mitglieder (meist den Präsidenten) mit der Leitung beauftragt[8]. Richtig dürfte es auch sein, die Leitung der Wahl dem ältesten anwesenden Aktionär anzuvertrauen. Die Statuten können die Aktionäre nicht verpflichten, die Wahl anzunehmen und den Vorsitz zu führen; die Verwaltungsratsmitglieder sind dazu von Amtes wegen verpflichtet, seien sie durch die Statuten bestimmt oder von der GV gewählt[9].

b) Befugnisse des Vorsitzenden. Die Befugnisse des Vorsitzenden ergeben sich aus seiner Aufgabe, welche die ordnungsgemässe Abwicklung der Versammlung und die Erledigung der Tagesordnung ist. Dies erfordert eine gewisse Ordnungsgewalt (Leitungsbefugnis, Hausrecht[10]), welche aus der Aufgabe der Versammlungsleitung abzuleiten ist und nicht aus einer Delegation des Verwaltungsrates.

Der Vorsitzende muss den Grundsatz der Unparteilichkeit gegenüber allen Aktionären einhalten: er muss sie alle gleich behandeln. Er darf deshalb im all-

[4] Barz § 119 N. 18; a. M. Funk Art. 714 N. 2.

[5] BGE *71* II 277ff; von Steiger S. 190; Bürgi Art. 698 N. 20; SAG *19* 20ff; Neidhardt SJZ *27* 374.

[6] So aber Jäggi/Hug S. 340 und Schett S. 45 unter Berufung auf Art. 721 Abs. 2.

[7] Jäggi/Obrecht S. 395; Obermüller/Werner/Winden S. 84; a. M. Eckardt Vorbem. §§ 118–147 N. 33.

[8] von Steiger S. 190; SAG *19* 16ff; Schett S. 45 mit Anm. 11.

[9] Godin/Wilhelmi § 119 N. 12; von Steiger a. a. O.

[10] Von Jäggi (Jäggi/Hug S. 334) «private Versammlungs-Polizeigewalt» genannt; vgl. die Kritik des Begriffs «Hausrecht» in BGH *44* 251.

gemeinen die Kapitalbeteiligung der Aktionäre nicht berücksichtigen, um aufgrund dieses Kriteriums unterschiedliche Ordnungsmassnahmen zu treffen. Allen Aktionären stehen ja die Mitverwaltungsrechte in gleichem Masse und unabhängig von ihrer Kapitalkraft zu; so kann ein Aktionär, welcher 100 Aktien besitzt, nicht hundertmal soviel Redezeit beanspruchen wie einer, der nur über eine Aktie verfügt. Anderseits ist der Vorsitzende nicht verpflichtet, immer eine absolute und starre Gleichbehandlung nach Köpfen zu beobachten [11], ohne die unterschiedliche Kapitalbeteiligung zu berücksichtigen.

Der Versammlungsleiter hat dafür zu sorgen, dass die Aktionäre die ihnen in der GV zustehenden Rechte ausüben können. Um diese Rechte möglichst wenig zu gefährden, muss er das Prinzip der Verhältnismässigkeit wahren. Er hat deshalb unter gleich wirkungsvollen Mitteln dasjenige zu wählen, das den betroffenen Aktionär am wenigsten in der Ausübung seiner Rechte behindert. Dazu muss er zu unterschiedlich strengen Ordnungsmassnahmen greifen, wobei sich keine abschliessende Aufzählung der sich im Einzelfall aufdrängenden Einzelanordnungen aufstellen lässt. Gewisse Massnahmen stellen nur Vollzugsmassnahmen vorgehender Anordnungen dar: demjenigen, der eine ihm auferlegte Beschränkung des Rederechts nicht gelten lassen will, wird durch Ausschalten der Lautsprecheranlage die Möglichkeit genommen, die Anordnung zu missachten; wer eine wiederholte Verwarnung missachtet, kann ausgeschlossen werden usw. Der Versammlungsleiter hat einen gewissen Ermessensspielraum in der Ausübung seiner Ordnungsgewalt. Eine nur als unzweckmässig erscheinende Massnahme hat deshalb keine negativen Folgen; erst die Ermessensüberschreitung kann die Anfechtbarkeit des Beschlusses begründen, wobei aber ein strenger Massstab angelegt werden muss, wo es sich um schwere Eingriffe in die Rechte des Aktionärs handelt (z. B. Ausschluss, vgl. 3).

Die wichtigsten Ordnungsmassnahmen sind die Beschränkung der Redezeit, die Wortentziehung, der Saalverweis, die Anordnung des Schlusses der Debatte und die Unterbrechung der Versammlung; sogar im blossen Gewährenlassen liegt eine – ja vielleicht gar die wichtigste – Anordnung [12].

1. Die Beschränkung der Redezeit. In der GV der typischen AG melden sich zahlreiche Redner zum Wort; nicht jeder kann deshalb eine seinen Wünschen entsprechende Redezeit für sich in Anspruch nehmen. Eine zeitliche Beschränkung drängt sich auch im Interesse der Teilnehmer auf, da sich sonst die Tagesordnung nicht in einer zumutbaren Gesamtdauer der Versammlung erledigen

[11] ZÖLLNER § 119 N. 91; SCHETT S. 49. – Aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung folgt, dass die GV über Fragen der Verhandlungsführung nach Köpfen und nicht nach der Kapitalbeteiligung abstimmen muss (SCHETT S. 51, GODIN/WILHELMI § 119 N. 22).

[12] JÄGGI/HUG S. 337.

liesse. Anderseits ist sie aber auch nur zulässig, wenn sie zur Durchführung der GV in einer vernünftigen Zeit notwendig ist[13].

Die Beschränkung der Redezeit kann von vorneherein angeordnet werden, wenn eine Vielzahl von Wortmeldungen vorliegt; sie kann aber auch dem einzelnen Redner gegenüber angeordnet werden, der schon Gesagtes wiederholt, an der Sache vorbei spricht oder schon viel Zeit in Anspruch genommen hat. Vielfach genügt hier auch, dass der Vorsitzende anordnet, auf schon Gesagtes dürfe nicht zurückgekommen werden. In beiden Fällen ist der Versammlungsleiter für die Anordnung der Beschränkung zuständig[14], jedoch erst, wenn aufgrund der konkreten Umstände (Anzahl der Wortmeldungen) ersichtlich ist, dass die Beschränkung notwendig ist. Eine allgemeine Beschränkung für die gesamte Dauer der Versammlung ohne Rücksicht auf zu erwartende oder vorliegende Wortmeldungen kann jedoch nur durch die Statuten oder durch einen GV-Beschluss (ggf. auf Vorschlag des Vorsitzenden hin) angeordnet werden[15]; denn hier handelt es sich nicht mehr um eine Ordnungsmassnahme.

Wenn eine allgemeine Redezeitbeschränkung angeordnet wird, so kann diese zwar je nach dem Tagesordnungspunkt verschieden sein, muss jedoch gegenüber allen Versammlungsteilnehmern gleich gehandhabt werden. Es muss aber angenommen werden, dass selbst innerhalb der allgemeinen Beschränkung der Vorsitzende noch Einzelanordnungen inbezug auf das Rederecht treffen kann, z. B. einem Aktionär schon vor der festgesetzten Zeit das Wort entziehen, wenn die Bedingungen dafür erfüllt sind.

Als Einzelanordnung *muss* hingegen die Redezeitbeschränkung unterschiedlich gehandhabt werden. Der Versammlungsleiter darf daher nicht jedem Aktionär die gleiche Zeit zumessen und auf diesem Umweg eine allgemeine Beschränkung einführen. Überdies verstösst eine unterschiedliche Handhabung nicht gegen das Prinzip der Gleichbehandlung der Aktionäre; denn dieses zwingt den Vorsitzenden nur, in gleichen Situationen dieselbe Massnahme zu treffen[16]. Das Gebot der Gleichbehandlung der Aktionäre wird auch dann nicht verletzt, wenn zunächst von einer Redezeitbeschränkung abgesehen wird in der Erwartung, es würden sich nur wenige Redner melden, sich aber dann herausstellt, dass diese Erwartung nicht zutrifft; die Aktionäre, die vor der Einführung der Beschränkung zu Wort kommen, werden zwar den nur beschränkt

[13] Barz § 119 N. 30; Eckardt Vorbem. N. 47; Barz S. 4; Hensel (S. 96 f) ist der Ansicht, eine allgemeine Beschränkung sei unzulässig.

[14] Jäggi/Hug S. 351; Schett S. 54; Barz S. 4; Obermüller/Werner/Winden S. 93; DAG *1966* 28; BGH *44* 248.

[15] Umstritten. Wie hier Schmidt/Meyer-Landrut § 103 N. 20; Schett S. 54 (die GV ist zuständig, solange eine «konkrete Gefährdung des Verhandlungszweckes» nicht ausgewiesen ist); DAG *1964* 102.

[16] Weiss SJZ *39* 519.

Redeberechtigten gegenüber bevorzugt. Die Ungleichbehandlung beruht aber auf einem Bedürfnis [17]. Das Prinzip der Gleichbehandlung wird auch nicht verletzt, wenn bei der zweiten Rednerwelle (d. h. bei den Stellungnahmen zu Erwiderungen der Verwaltung) erst eine Beschränkung der Redezeit angeordnet wird [17].

Die Redezeitbeschränkung gilt nicht gegen die Verwaltung, die ja zu allen Beiträgen der Aktionäre Stellung nehmen muss und Auskünfte zu erteilen hat. Jedoch «sollte sich auch die Verwaltung gerade dann, wenn eine Redezeitbeschränkung bestand, ihrerseits kurz zu fassen versuchen, um bei den Aktionären nicht den Eindruck zu erwecken, hinsichtlich der Möglichkeit der Stellungnahme werde mit zweierlei Mass gemessen» [18].

2. Die Wortentziehung. In vielen Fällen wird einem Aktionär das Wort entzogen, um eine andere Massnahme des Vorsitzenden (Beschränkung der Redezeit, Schluss der Debatte) durchzusetzen. In diesen Fällen ist natürlich keine weitere Verwarnung nötig. Fügt sich der Aktionär dem Wortentzug nicht, so kann er z. B. durch Abstellen der Lautsprecheranlage dazu gezwungen werden; wenn notwendig, kann er sogar von der GV ausgeschlossen werden.

Auch als Einzelmassnahme ist Wortentziehung zulässig. Sie ist das Mittel, um beleidigende oder unsachliche Äusserungen, ständige Wiederholungen und Abschweifungen sowie Ausführungen, welche an der Sache vorbeigehen, zu unterbinden [19]. Der Versammlungsleiter muss aber berücksichtigen, dass nicht jeder Redner wortgewandt ist und dennoch das Recht auf Meinungsäusserung ausüben darf. Auch soll er nicht sogleich eingreifen, wenn in der Hitze des Gefechts heftige Worte, z. B. Angriffe gegen die Verwaltung, vorgetragen werden. In der Regel ist vor dem Wortentzug eine Ermahnung des Vorsitzenden erforderlich [20] – es sei denn, es liege ein schwerer Missbrauch des Rederechts vor; wenn der Redner etwa Äusserungen macht, die in den Bereich des Strafrechts gehören (Beschimpfungen, Verleumdungen), so ist der Vorsitzende sogar verpflichtet, dem Redner sofort das Wort zu entziehen.

3. Saalverweisung. Der Saalverweis ist das härteste Mittel zur Aufrechterhaltung der Ordnung in der GV. Als ultima ratio wird er allgemein als zulässig angesehen [21]. An die Verhältnismässigkeit dieser Massnahme müssen aber besonders strenge Anforderungen gestellt werden. Sie ist erst dann zulässig, wenn «ein Aktionär den reibungslosen Ablauf der GV stört und die Störung nicht auf an-

[17] Barz S. 4 rechte Spalte.
[18] So Barz § 119 N. 36.
[19] Eckardt Vorbem. N. 47; Barz S. 5; Obermüller/Werner/Winden S. 94; Obermüller DB *1962* 827 ff.
[20] Vgl. Geschäftsreglement des Nationalrates Art. 48 Abs. 1.
[21] Schluep S. 154; Piontek SAG *36* 33; von Steiger S. 191; Böckli S. 17.

dere Weise behoben werden kann»[22], also etwa dann, wenn der Aktionär durch sinnloses Brüllen, Werfen von Knallerbsen, ständig Zwischenrufe oder durch persönliche beleidigende Angriffe gegen Versammlungsteilnehmer den ordnungsgemässen Ablauf der Versammlung behindert. Diese Tatbestände liegen ausserhalb des nach Treu und Glauben zu bestimmenden Rahmens der Aktionärsrechte[23]. Nicht nötig ist hingegen, dass die Störung vorsätzlich erfolgt; denn der Entzug des Teilnahmerechts ist keine Strafe. Auch ist der Ausschluss von der Teilnahme nicht nur bei Notwehr möglich, d. h. bei einem gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff auf den Vorsitzenden oder auf andere Teilnehmer[24].

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit erfordert, dass der Vorsitzende den betreffenden Aktionär ermahnt und ihm den Saalverweis androht, etwa mit den Worten «Wenn Sie dazwischenquatschen, schmeisse ich Sie hinaus!»[25]. Einzig bei schweren Verstössen erübrigt sich eine Verwarnung. Derselbe Grundsatz erfordert, dass dem Aktionär, der während seiner Ausführungen andere Personen beleidigt, zuerst sein Rederecht entzogen werde, bevor er aus der GV ausgeschlossen werde. Auch soll dem Aktionär vor seiner Entfernung Gelegenheit gegeben werden, seine Aktien durch einen andern Aktionär vertreten zu lassen[26]; dadurch wird der Eingriff in die Rechte des Aktionärs gemindert.

Wenn sich der Teilnehmer der Anordnung nicht fügt, kann er zwangsweise aus dem Saal entfernt werden. Er kann auch im Saal belassen werden, so dass er einfach sämtlicher Rechte verlustig geht und nur noch anwesend ist. Unter Umständen drängt es sich auf, dem Störer das Teilnahmerecht nur für einen Teil der GV oder nur für die Verhandlung über einen bestimmten Gegenstand der Tagesordnung zu entziehen.

4. Unterbrechung der Versammlung. Der Vorsitzende kann eine Unterbrechung der Versammlung anordnen, wenn ihm dies zweckdienlich erscheint. Dies kann sich dann als notwendig erweisen, wenn ein des Saales verwiesener Aktionär dieser Massnahme nicht Folge leistet oder ein Redner, dem das Wort entzogen ist, das Rednerpult nicht räumen will[27]. Sie kann auch angeordnet werden, um einem vorübergehend an der Teilnahme verhinderten Aktionär, dessen Stimmen für das Abstimmungsergebnis erheblich sind, die Teilnahme an der Abstimmung zu ermöglichen[28], oder einfach, weil die Versammlung schon lange dauert.

Eine Unterbrechung kann nicht beliebig lange dauern, sondern höchstens bis

[22] BGH *44* 251; Obermüller/Werner/Winden S. 94; Barz § 119 N. 32.
[23] von der Burg DAG *1962* 116.
[24] BGH a. a. O.; anders Neidhardt SAG *4* 125.
[25] So BGH *44* 253!
[26] Obermüller/Werner/Winden S. 94; Barz S. 6; Schett S. 55.
[27] Barz § 119 N. 32.
[28] Godin/Wilhelmi § 119 N. 21.

zum nächsten Werktag; darüber hinaus ist eine neuerliche Einberufung erforderlich. Nach der Pause muss das Teilnehmerverzeichnis überprüft werden.

5. Schluss der Debatte. Nicht nur die Zeit ist beschränkt in der GV (Beschränkung der Redezeit), sondern auch die Zahl der Argumente. Hier kann der Vorsitzende zur Anordnung auf Schluss der Debatte greifen[29], jedoch erst, wenn eine erschöpfende Erörterung des betreffenden Tagesordnungspunktes erfolgt ist. Denn jeder Aktionär hat ein Anrecht darauf, seinen Standpunkt darzulegen; die Anordnung auf Schluss der Debatte wird erst dadurch zulässig, dass das Rederecht des potentiellen Redners in dem Mass zusammenschmilzt, als das, was er noch sagen kann, schon von früheren Rednern gesagt worden ist[30]. Über einen bestimmten Punkt hinaus erscheint jede Fortsetzung der Debatte als zwecklos, weil nicht erwartet werden kann, dass noch neue Gesichtspunkte aufgezeigt werden. Dies ist aber nur unter aussergewöhnlichen Umständen anzunehmen; BARZ[31] spricht von hundert und mehr Aktionären, die sich zu Wort melden. Keinesfalls darf Schluss der Debatte angeordnet werden, um die Opposition mundtot zu machen. Der Vorsitzende darf also nur in Ausnahmefällen Schluss der Debatte anordnen. In den meisten Fällen muss eine Beschränkung der Redezeit ausreichen.

c) Rechtsbehelfe gegen Massnahmen des Vorsitzenden. Da ohne abweichende statutarische Bestimmung der Versammlungsleiter für die beschriebenen Ordnungsmassnahmen zuständig ist, ist die GV nicht Beschwerdeinstanz gegen seine Anordnungen. Da es dem Vorsitzenden obliegt, für die sachgemässe Erledigung der Geschäfte der GV zu sorgen, muss er auch berechtigt sein, die hierzu notwendigen Massnahmen zu ergreifen[32]. Im Rahmen seiner Ordnungsgewalt hat er somit ein selbständiges Entscheidungsrecht; er leitet die Versammlung in Erfüllung einer Verwaltungsaufgabe, nicht im Namen der GV. Der Vorsitzende kann sich aber der Zustimmung der GV versichern. Dabei handelt es sich jedoch nur um eine unverbindliche Meinungsbefragung, der Versammlungsleiter bleibt zur Verhängung der Ordnungsmassnahmen zuständig und ist nicht an den Beschluss der GV gebunden[33].

Die Zustimmung der GV einzuholen empfiehlt sich für den Vorsitzenden besonders dann, wenn er Zweifel an der Zulässigkeit der Massnahme hat, denn die Zustimmung der GV zu einer Ordnungsmassnahme könnte für die Frage der Kausalität zwischen der Anordnung und dem anschliessenden Beschluss von

[29] OBERMÜLLER/WERNER/WINDEN S. 94; BARZ S. 6; ECKARDT Vorbem. §§ 118–147 N. 49; SCHETT S. 56.
[30] JÄGGI/HUG S. 347.
[31] BARZ § 119 N. 33.
[32] SCHMIDT/MEYER-LANDRUT § 103 N. 16; BARZ S. 5; BGH *44* 248.
[33] BGH a.a.O.; ECKARDT Vorbem. N. 43; BARZ § 119 N. 30ff; DAG *1966* 28.

Bedeutung sein, besonders, wenn die Zustimmung einstimmig erfolgt; die Zustimmung ist m. a. W. ein Indiz für die fehlende Kausalität [34], falls sich herausstellen sollte, dass die Ordnungsmassnahme widerrechtlich war.

Dass der Vorsitzende seine Entscheidungsbefugnis in Fragen der Versammlungsleitung punktuell auf die GV delegieren kann, muss hingegen verneint werden. Die Beschränkung der Zuständigkeit der GV auf die ihr in Gesetz oder Statuten übertragenen Fälle (Art. 698 Ziff. 5) gilt auch für versammlungsleitende Massnahmen; die Verantwortung, die den Versammlungsleiter für die Richtigkeit der im obliegenden Entscheidungen trifft, ist unübertragbar. Selbst wenn er die Zustimmung der GV eingeholt hat, kann der Vorsitzende weiterhin für seine Entscheide verantwortlich gemacht werden.

Kommt es an der GV zu Beschlüssen, welche sich mit Ordnungsmassnahmen befassen, so sind sie wie alle anderen Beschlüsse der Nichtigkeits- und der Anfechtungsklage ausgesetzt [35]; dass sie nur verhandlungsleitenden, geschäftsordnenden Inhalt haben und zudem unverbindlich sind, hat keinen Einfluss auf ihre Natur als GV-Beschlüsse, sondern nur auf ihren Inhalt. Durch die Klage wird aber nur der Geschäftsordnungsbeschluss selber umgestossen, nicht auch der im Anschluss gefasste Sachbeschluss.

Ob sie (unnötigerweise) auf einem Beschluss der GV beruhe oder nicht, die Anordnung unterliegt des Vorsitzenden nicht selbständig der Anfechtungsklage. Eine gerichtliche Kontrolle der Ordnungsmassnahme ist jedoch möglich im Rahmen einer Anfechtungsklage gegen den anschliessend gefassten Sachbeschluss nach Art. 706. Die Unrechtmässigkeit der Anordnung begründet m. a. W. die Anfechtbarkeit des Sachbeschlusses, wenn dieser möglicherweise anders gelautet hätte, wenn die inkriminierte Massnahme nicht getroffen worden wäre [36]; es handelt sich um eine Verletzung allgemeiner Rechtsnormen in der Art des Zustandekommens des Beschlusses [37].

Die Statuten können natürlich von der ausschliesslichen Zuständigkeit des Vorsitzenden in Fragen der Versammlungsleitung abweichen und etwa bestimmen, dass gewisse Anordnungen (wie z. B. Saalverweisung, Schluss der Debatte) zwingend von der GV getroffen werden müssen; sie können auch bestimmen, dass bestimmte Massnahmen nicht getroffen werden dürfen, wenn eine qualifizierte Minderheit von Aktionären dies verlangt [38]. Möglich ist z. B. eine Vorschrift, wonach die Beratung nicht geschlossen werden darf, solange ein Drittel der Anwesenden ein Wortbegehren unterstützt. Die Statuten können sogar all-

[34] Barz S. 5f; RG in JW *1931* 2961; vgl. S. 124f.
[35] Anders BGH *44* 249; Eckardt Vorbem. N. 43; DAG *1962* 123.
[36] Barz § 119 N. 30ff; Eckardt Vorbem. N. 41.
[37] S. 120ff.
[38] Jäggi/Hug S. 344.

gemein die GV zur Beschwerdeinstanz gegen Anordnungen des Versammlungsleiters machen. Es empfiehlt sich jedoch, diese Möglichkeit auf besonders schwer wiegende Massnahmen zu beschränken. Bei grossen Gesellschaften kommt die Einsetzung eines «Beirates» in Betracht, der die Versammlungsleitung überwacht oder über Einsprachen gegen Anordnungen des Vorsitzenden sogleich entscheidet. Falls dieser Beirat aus unabhängigen Sachverständigen (Parlamentariern, Juristen) zusammengesetzt ist, kann seinen Entscheidungen eine erhöhte Vermutung auf Rechtmässigkeit zukommen, wodurch eine Anfechtung des anschliessenden Sachbeschlusses erschwert wird. *Immer* aber unterliegt die Anordnung der richterlichen Überprüfung auf ihre Rechtmässigkeit (Angemessenheit) hin, denn beim Beirat handelt es sich nur um ein «privates Verwaltungsschnellgericht» [38].

3. Die Eröffnung der GV

Der Vorsitzende eröffnet die Versammlung, jedoch nicht vor der angekündigten Uhrzeit; Verwaltung und Aktionäre können sich auf den in der Einberufung vermerkten Versammlungsbeginn verlassen. Die Eröffnung kann durch konkludentes Verhalten erfolgen.

Üblicherweise stellt der Vorsitzende bei der Eröffnung fest, ob die GV ordnungsgemäss einberufen worden sei; liegt, ohne dass dies aus der Versammlung bestritten wird, ein Mangel vor, der die Nichtigkeit der Beschlüsse nach sich ziehen würde, so darf der Vorsitzende keine Beschlüsse fassen lassen [1]. In den meisten Fällen wird aber die GV nicht einstimmig der gleichen Meinung sein wie der Vorsitzende; in diesem Fall darf der Versammlungsleiter die Beschlussfassung nicht unterbinden, denn einzig der Richter kann die Frage nach der Anfechtbarkeit und Nichtigkeit gültig entscheiden. Ausserdem werden diejenigen Aktionäre, die der Auffassung sind, der Beschluss sei nichtig, gegen ihn stimmen, so dass er gar nicht zustande kommt. Glaubt der Vorsitzende, es liege ein Mangel vor, der nur die Anfechtbarkeit zur Folge hätte, so muss er die Abstimmung durchführen; denn der Aktionär hat ein Recht darauf, gesetz- oder statutenwidrige Beschlüsse anzufechten, nicht aber darauf, dass solche Beschlüsse überhaupt nicht gefasst werden [2]. Wenn die Mehrheit der Versammlung jedoch der Meinung ist, die zu fassenden Beschlüsse seien nichtig oder anfechtbar, so kann sie ohne weiteres die GV vertagen oder die (vermeintlich) mangelbehaften

[38] JÄGGI/HUG S. 344.

[1] BARZ § 119 N. 34.

[2] A. M. BARZ a. a. O., der den Vorsitzenden zwingen will, Beschlüsse, die er für anfechtbar hält, zu verhindern, sobald ein anwesender Aktionär der Beschlussfassung widerspricht.

Tagesordnungspunkte absetzen [3]. Der Vorsitzende kann also nicht von sich aus und gegen den Willen der Mehrheit der GV die Beschlussfassung über gewisse Gegenstände verhindern. Jedoch soll er der GV mitteilen, wenn er Bedenken über die Rechtmässigkeit der Einberufung hat, so dass sich die GV dazu äussern kann.

a) Zulassung von Gästen. In den grossen GV sind meist nicht nur Aktionäre anwesend. Die Zulassung von Gästen (Journalisten, Sachverständige, der AG nahestehende Personen) liegt in der Zuständigkeit des Vorsitzenden, denn sie stellt rechtlich eine reine Ordnungsmassnahme dar [4]; nur so ist zudem eine vorherige Einladung möglich. Wenn den Nichtaktionären der Zutritt zur GV verweigert wird, so können weder sie noch der einzelne Aktionär deren Zulassung erzwingen, denn Gäste haben kein *Recht* auf Anwesenheit. Anderseits werden schützenswerte Interessen des Aktionärs nicht verletzt durch die Zulassung von Gästen; bei Widerspruch eines Aktionärs muss die Entscheidung nicht der GV überlassen werden, sondern der Vorsitzende bleibt allein zuständig [5]. Selbst ein ablehnendes Votum der GV kann deshalb den Versammlungsleiter nicht zum Ausschluss der Gäste verpflichten. Dieser muss sich aber an evtl. statutarische Vorschriften halten und zudem berücksichtigen, dass der Ausschluss der Massenmedien der AG sogar Schaden zufügen kann.

Obwohl die GV nicht öffentlich ist, hat also der Aktionär bei der Publikums-AG keinen Anspruch darauf, dass nur Aktionäre anwesend sind. Sogar im gegenteiligen Fall müsste die Zulassung der Gäste einen Einfluss auf die Beschlussfassung ausgeübt haben, was sehr schwierig zu beweisen sein dürfte. Einzig wenn eine sehr grosse Anzahl von Gästen zugelassen wird, ist dies nicht auszuschliessen, z. B. dadurch, dass Gäste (unbefugterweise) an Abstimmungen teilgenommen haben.

Im Gegensatz zu der Publikums-AG sind in der GV der «Klein-AG» Nichtaktionäre ausgeschlossen, da diese Versammlungen privaten, oft sogar familiären Charakter haben [6]; die Leitungsbefugnis des Vorsitzenden geht viel weniger weit als in der GV der Publikums-AG. Zur Zulassung von Nichtaktionären bedarf es daher eines Mehrheitsbeschlusses.

Allgemein empfiehlt es sich, Nichtaktionäre bei Verhandlungsgegenständen auszuschliessen, bei denen Gesellschaftsgeheimnisse zur Sprache kommen [6].

b) Teilnehmerverzeichnis. Obwohl die Berechtigung zur Stimmabgabe für jede Abstimmung gesondert geprüft werden muss, empfiehlt es sich, zur Erleichte-

[3] S. 71.

[4] Obermüller/Werner/Winden S. 73; Barz S. 7f; Eckardt § 118 N. 42; der Vorsitzende kann auch die Teilnahme der Gäste nach seinem Ermessen modifizieren (Obermüller NJW *1969* 265).

[5] Barz § 119 N. 25.

[6] Schett S. 36f.

rung dieser Kontrolle von Anfang an eine Liste der anwesenden Aktionäre und der Anzahl der von ihnen vertretenen Aktien (Präsenzliste) aufzustellen. Die Errichtung einer solchen Liste dispensiert die Verwaltung natürlich nicht davon, bei jeder Abstimmung die Stimmrechtsverhältnisse neu zu überprüfen; sie kann sich nicht auf die Richtigkeit der Präsenzliste verlassen[7]. Demzufolge müssen Aktionäre bzw. deren Vertreter, die erst nachträglich erscheinen, noch in das Verzeichnis aufgenommen werden, damit dieses seinen Zweck erfüllt; ebenso muss der vorzeitige Weggang von Personen vermerkt werden[8].

Die Präsenzliste kann zum grössten Teil schon vor der GV errichtet werden. Für Namenaktien kann die Erstellung der Liste aufgrund der Anmeldungen erfolgen, oder aber die vertretenen Aktionäre werden direkt im Aktienbuch «abgehakt», es sei denn, das Aktienbuch werde in Form einer Kartei geführt[9], in welchem Fall die Karten der nicht anwesenden Aktionäre einfach entfernt werden können. Inhaberaktionäre müssen ihre Namen nicht bekanntgeben[10], können also nicht namentlich in die Liste aufgenommen werden. Immerhin ist auch hier die Errichtung einer Liste möglich, etwa indem jedem Aktionär eine Nummer zugeteilt wird, welche er bei der Stimmabgabe vorzeigen muss; die Stimmenzähler können dann anhand der Liste die Stimmkraft des anonymen Aktionärs erfahren.

Die Präsenzliste muss immer eingangs der GV (bei der Legitimationsprüfung) überprüft, berichtigt und ergänzt werden. Denn meist kommt eine Anzahl der Aktionäre, die ordnungsgemäss angemeldet und hinterlegt haben, nicht zur GV, so dass sie von der Liste gestrichen werden müssen. Auch kann die Gesellschaft einem Ansprecher seine fehlende Anmeldung nicht immer entgegenhalten und muss ihn noch in die Liste aufnehmen.

Üblicherweise wird die Liste vom Bureau der Versammlung (Präsident, Protokollführer, Stimmenzähler) unterzeichnet. Dadurch kann unter Umständen die Beweiskraft des Verzeichnisses erhöht werden. Ob die Liste – wie im deutschen Recht vorgeschrieben[11] – zur Einsicht der Aktionäre aufzulegen ist, bestimmen die Statuten; jedenfalls hat der Aktionär kein Recht darauf, dass die Grösse seiner Stimmkraft vor den übrigen Versammlungsteilnehmern geheimgehalten werde, die Liste also nicht aufgelegt werde[12].

Die Präsenzliste dient neben der Beweissicherung hauptsächlich dazu, die Ermittlung der Abstimmungsresultate zu erleichtern. Eine Präsenzliste ohne An-

7 JÄGGI/OBRECHT S. 396; BARZ § 129 N. 6; ECKARDT § 129 N. 17f.
8 JÄGGI/OBRECHT a. a. O.; SAG *35* 102ff.
9 Dies ist durchaus zulässig: BÜRGI Art. 685 N. 4.
10 S. 30; BARZ § 129 N. 5; SCHETT S. 41.
11 § 129 Abs. 4 AktG.
12 JÄGGI/OBRECHT a. a. O.; VON STEIGER S. 191; ECKARDT § 129 N. 35. Die Lehre nimmt an, das Verzeichnis müsse den Aktionären offenstehen.

gabe der Stimmkraft der Aktionäre ist deshalb undenkbar. Die Liste schafft bei gewöhnlichen Abstimmungen die Möglichkeit einer «Gegenkontrollrechnung, ob die Auszählung der Stimmen sich auch im Rahmen der Anwesenheitsliste hält»[13]. Wenn für die Feststellung der Abstimmungsergebnisse das Subtraktionsverfahren angewandt wird, so ist die Bedeutung des Verzeichnisses noch wesentlich grösser, denn hier gibt die Subtraktion der Nein-Stimmen und Enthaltungen von der sich aus dem Teilnehmerverzeichnis ergebenden Gesamtstimmenzahl die Anzahl der Ja-Stimmen an, welche meist erheblich grösser ist als die Zahl der Nein-Stimmen, so dass mit der Auszählung nur der (erwartungsgemäss) kleineren Stimmengruppe beträchtlich Zeit gewonnen werden kann.

Die Errichtung eines Teilnehmerverzeichnisses erübrigt sich weitgehend, wenn ausschliesslich mittels Stimmkarten abgestimmt wird; auch hier kann zwar das Subtraktionsverfahren angewandt werden, doch dürfte der Zeitgewinn gering sein, da ja alle Stimmkarten wenigstens darauf kontrolliert werden müssen, ob sie auf Ja oder Nein lauten. Zudem steht die Gesamtstimmenzahl nach der ersten vollständigen Auszählung auch ohne Präsenzliste fest, so dass für die folgenden Abstimmungen ebenfalls das Subtraktionsverfahren angewendet werden kann. Aus Art. 702 Abs. 1 kann m. E. nicht auf die *Pflicht* der Verwaltung zur Führung eines Teilnehmerverzeichnisses geschlossen werden.

Die Teilnehmerliste muss nicht über die GV hinaus aufbewahrt werden; im Interesse der Gesellschaft empfiehlt es sich aber, sie nach der Beschlussfassung aufzubewahren. Sie kann dazu dienen, zu beweisen, dass die Stimmabgabe Unbefugter keinen Einfluss auf das Abstimmungsergebnis gehabt habe (Art. 691 Abs. 3). Wenn darüber hinaus die Gesellschaft die Teilnehmerliste trotz Widerspruchs eines Aktionärs nicht aufbewahrt, so kann dieses Verhalten als Indiz im Beweisverfahren des Anfechtungsprozesses nach Art. 691 Abs. 3 gewürdigt werden.

Da die definitive Errichtung der Präsenzliste geraume Zeit in Anspruch nimmt, werden bis zu deren Fertigstellung mit Vorteil diejenigen Angelegenheiten behandelt, für die keine Beschlussfassung notwendig ist oder die unbestritten sind. Die ordentliche GV pflegt mit der Vorlage des Geschäftsberichtes nebst anschliessender Diskussion zu beginnen, so dass die erste Abstimmung sowieso erst nach einer gewissen Zeit erfolgt. Bis dahin wird die Teilnehmerliste vorliegen, so dass sich die für die Erstellung notwendige Zeit nicht verzögernd auf den Ablauf der GV auswirkt[14].

In das Verzeichnis wird auch aufgenommen, wer von den Organen der Ge-

[13] Barz § 129 N. 5.
[14] Barz S. 2; SAG *35* 102.

sellschaft anwesend ist, jedoch nur, wenn diese Personen auch stimmberechtigt sind; die Anwesenheit anderer Personen kann im Protokoll festgehalten werden. Wird die Präsenzliste vom Bureau der Versammlung (Präsident, Protokollführer, Stimmenzähler) unterzeichnet, so kann dies eine spätere Anfechtung der GV-Beschlüsse nach Art. 691 erschweren [15].

4. Die Erledigung der Tagesordnung

Die Aufgabe des Vorsitzenden ist es vor allem, für die ordnungsgemässe Erledigung aller Punkte der Tagesordnung zu sorgen. Obwohl in den Statuten und jedenfalls in der Einberufung die Tagesordnungspunkte in einer bestimmten Reihenfolge aufgeführt sind, ist der Vorsitzende nicht verpflichtet, diese Reihenfolge einzuhalten [1]. Der Aktionär erwartet jedoch im allgemeinen, dass die angekündigte Reihenfolge eingehalten werde, so dass bei Abgehen von der Tagesordnung die Gefahr besteht, dass sich Versammlungsteilnehmer im Irrtum über die noch zu behandelnden Gegenstände vorzeitig wegbegeben [2]. Der Vorsitzende soll daher nicht die Reihenfolge der Tagesordnungspunkte ohne besonderen Grund ändern; er *soll* aber davon abweichen, wenn ihm dies sachdienlich erscheint [2]. Jedenfalls kann ihm die GV nicht eine bestimmte Reihenfolge aufzwingen, und ein GV-Beschluss ist nicht deswegen anfechtbar, weil die angekündigte Reihenfolge der Verhandlungsgegenstände nicht eingehalten wurde.

Verhandlungsgegenstände können immer wieder aufgegriffen werden; es besteht kein Recht des Aktionärs darauf, dass ein erledigter Punkt nicht erneut aufgenommen werde [3]. Es ist aber nicht Sache des Vorsitzenden, die Wiederaufnahme einzelner Verhandlungsgegenstände zu beschliessen; einzig die GV kann, evtl. auf Vorschlag des Vorsitzenden, auf ihren Beschluss zurückkommen. Der Versammlungsleiter muss für die Erledigung sämtlicher Tagesordnungspunkte sorgen, kann also nicht von sich aus gewisse Punkte von der Traktandenliste absetzen. Hingegen kann die einberufende Instanz die GV durch die Aufnahme von Gegenständen in die Tagesordnung nicht dazu zwingen, diesen Gegenstand sachlich zu erledigen. Die GV kann deshalb die Absetzung gewisser Tagesordnungspunkte oder ihre Vertagung auf eine spätere GV entscheiden [4],

[15] VON STEIGER S. 190.

[1] BARZ § 119 N. 36; GODIN/WILHELMI § 119 N. 18. Auch die gesetzliche Reihenfolge (Art. 698 Abs. 2) ist natürlich nicht verbindlich.

[2] BARZ a. a. O; SCHMID/MEYER/LANDRUT § 103 N. 21.

[3] BARZ § 124 N. 13; OBERMÜLLER/WERNER/WINDEN S. 51; vgl. dazu S. 114 ff.

[4] BÜRGI Art. 700 N. 30; FUNK Art. 700 N. 5; OBERMÜLLER/WERNER/WINDEN S. 91; BARZ § 119 N. 38; a. M. BRUNNER S. 74.

ja sie kann sogar die Vertagung der ganzen GV. beschliessen. Der Absetzungs- bzw. Vertagungsbeschluss unterliegt der Anfechtungsklage, wenn er gleichzeitig als (ablehnender) Beschluss zur Sache selber erscheint oder wenn der betreffende Gegenstand nach Gesetz oder Statuten erledigt werden *muss*.

Meist werden die Traktanden in der folgenden Reihenfolge erledigt: Abnahme von Geschäftsbericht und Jahresrechnung, Verwendung des Reingewinns; Entlastung von Verwaltung und Kontrollstelle; Wahlen; besondere Traktanden; Verschiedenes.

5. Die Beratung

a) Das Rederecht. Das Gesetz sagt nicht ausdrücklich, ob vor der Beschlussfassung beraten werden müsse. Es enthält zwar die Ausdrücke «Verhandlungsgegenstände» (Art. 700 Abs. 1) und «Verhandlungen» (Art. 700 Abs. 3; auch 701 Abs. 2), was aber an sich noch nicht heisst, dass zwangsläufig vor jeder Abstimmung die Möglichkeit zur Diskussion gegeben sein muss. Dies ist jedoch der Fall. Die Diskussion ist die Form der Willensbildung der juristischen Person [1]. Der einzelne Aktionär hat daher ein wohlerworbenes Debatterecht [2]. «Die Beschlussfassung setzt voraus, dass die Möglichkeit einer Diskussion gewährt werde,... und das Stimmrecht in der GV, das einen wesentlichen Bestandteil des Aktienrechts bildet, begründet auch ein Recht des Aktionärs darauf, dass der Abstimmung eine solche Erörterung vorangehe» [3]. Dass ein Recht auf Debatte besteht, lassen auch die Vorschriften über die Einberufung erkennen; denn sie setzen voraus, dass Anträge gestellt werden, was eine Beratung voraussetzt [4]. Die GV beschliesst daher «auf Grund vorheriger Aussprache und Beratung» [5].

Eine Beratung im eigentlichen Sinn ist jedoch nur bei Sachgeschäften notwendig. Bei Wahlen ist es üblich, dass keine Diskussion stattfindet, sondern nur Wahlvorschläge gestellt werden; denn Wahlvorschläge eignen sich zur Aussprache viel weniger als Sachgeschäfte. Der Aktionär hat deshalb bei Wahlen keinen Anspruch darauf, dass eine eigentliche Beratung stattfinde [6]. Anderseits

[1] Feldmann S. 15.

[2] Schluep S. 152; Moser S. 34; SAG *4* 121 ff. – Der Kleinaktionär Franz Kilb, «der Schrecken der Aufsichtsräte, der Hanswurst aller Hauptversammlungen», drückt dies so aus: «Von jeder grossen Aktiengesellschaft im Land besitze ich eine Aktie. Ich reise von einer Hauptversammlung zur andern und übernachte im Schlafsack. Ich fahre mit dem Rad, hier sehen Sie die Fahrradklammern... In den Hauptversammlungen sitze ich mit Rucksack und halte die ganze Zeit den Arm hoch. Hauptversammlungen, in denen der Vorstand eine Wortmeldung übergeht, sind ungültig...» (Peter Handke, Die Unvernünftigen sterben aus, S. 12).

[3] RG *36* 26.

[4] Jäggi/Hug S. 335.

[5] BGE *67* I 347.

[6] Jäggi/Hug S. 335 f.

hat der Vorgeschlagene auch kein Anrecht darauf, nicht Gegenstand einer Diskussion zu werden; das Gesetz schliesst die Diskussion nicht zwingend aus.

Beschlüsse, bei deren Zustandekommen dem Recht des Aktionärs auf Mitsprache nicht (genügend) Rechnung getragen wird, sind anfechtbar. An das Erfordernis der Kausalität darf kein zu strenger Massstab gelegt werden. Beschlüsse ohne vorangehende Beratung sind in allen Fällen anfechtbar; hier ist ohne weiteres zu erwarten, dass eine Beratung die Beschlussfassung ausschlaggebend beeinflusst hätte, denn erst die Diskussion ermöglicht es ja der GV, ihren Willen zu bilden. Hier steht der Gesellschaft der Beweis der mangelnden Kausalität praktisch überhaupt nicht offen. Wenn hingegen das Rederecht des Einzelaktionärs und nicht der gesamten Versammlung verletzt wird, so tritt die gewöhnliche Regelung in Kraft[7].

Nach herrschender Lehre[8] muss ein vom Stimmrecht Ausgeschlossener dennoch zur Beratung über den betreffenden Verhandlungsgegenstand zugelassen werden. Auch er hat also ein Recht auf Mitsprache; wenn es sich z. B. um den Entscheid über seine Entlastung handelt, soll er sich vor der Versammlung rechtfertigen können.

Das Recht des Aktionärs auf das freie Wort ist der Grundsatz, den die Beratungsordnung respektieren muss. Einschränkungen des Rederechts sind nur zulässig, wenn der ordnungsgemässe Ablauf der GV ohne sie nicht gewährleistet ist[9].

Durch sein Reden darf der Votant die Versammlung mit seinem Wort beherrschen, unter Ausschluss aller andern. Die Zeit, die ihm zugeteilt wird, konkretisiert sein Rederecht, sie ist geradezu das Rechtsgut, das durch die Ordnung der Beratung zugeteilt wird[10]. Die Zeit ist jedoch in der GV kostbar, denn die Aufnahmefähigkeit der Versammlungsteilnehmer hat ihre Grenzen. Im Interesse der Aktionäre ist deshalb eine allgemeine Beschränkung der Redezeit zulässig. Durch sie darf jedoch das Recht des Aktionärs auf Mitsprache nicht zunichte gemacht werden. Eine Beschränkung auf eine Zeit zwischen zehn und zwanzig Minuten wird als zulässig angesehen[11]. Das Debatterecht des Aktionärs ist nicht nur zeitlich beschränkt. Der Aktionär hat auch nur ein Recht auf *sachgemässe* Erörterung. Das Rederecht ist somit thematisch beschränkt; der Aktionär darf sich nur zu den zur Verhandlung stehenden und ordnungsgemäss angekündigten Gegenständen äussern. Eine Diskussion (ohne anschliessende Beschlussfassung) ist zwar auch für nicht angekündigte Traktanden möglich[12].

7 S. 120 ff.
8 Bürgi Art. 695 N. 3; Schluep S. 151; Böckli S. 35.
9 S. 62 mit Anm. 13.
10 Jäggi/Hug S. 334.
11 So die deutsche Lehre: Barz S. 4; Obermüller/Werner/Winden S. 93; Obermüller DB *1962* 831; auch Jäggi/Hug S. 337; Schett S. 54.
12 Art. 700 Abs. 3.

Der Aktionär hat aber kein Anrecht darauf. Wann sich die Ausführungen und Anträge des Aktionärs im Rahmen des Verhandlungsgegenstandes halten, ist manchmal schwierig zu beurteilen. Je enger der Verhandlungsgegenstand formuliert ist, desto weniger Spielraum besteht für den Redner. Jedenfalls dürfen in der GV keine politischen Reden gehalten werden, denn sie ist eine geschäftliche, keine politische Veranstaltung. Gegen Redner, die die GV in ein politisches Forum umgestalten wollen, muss der Versammlungsleiter vorgehen.

Sehr oft enthält die Tagesordnung das Traktandum «Verschiedenes» oder «Varia»[13]. Hier darf der Vorsitzende die Erörterung über alle Gegenstände zulassen, welche auch nur entfernt das Gesellschaftsleben betreffen. Die Aktionäre haben aber kein Recht darauf, diese Gegenstände zur Sprache zu bringen. Überdies kann nicht nachgewiesen werden, dass das ablehnende Verhalten des Vorsitzenden kausal für irgendwelche Beschlüsse gewesen sei; denn unter dem Traktandum «Varia» können keine Beschlüsse gefasst werden[14], es sei denn, es handle sich um Geringfügigkeiten, die den Entschluss der Aktionäre, an der GV teilzunehmen oder nicht, nicht beeinflussen können.

Der Sachzusammenhang mit dem Verhandlungsgegenstand soll nicht zu restriktiv ausgelegt werden. Solange ein Redner seine Ausführungen nicht zu einer politischen Demonstration benutzt, muss ihm zugestanden werden, seine Ansicht zu begründen, dass der Verwaltung die Entlastung aus einem politischen Grund verweigert werden müsse[15]. Auch ist bei den Verhandlungsgegenständen «Abnahme von Geschäftsbericht und Jahresabschluss» der Sachzusammenhang mit Bezug auf alle Gesellschaftsangelegenheiten gegeben, welche nicht zu lange zurückliegen[15]. Schwierigkeiten bietet die Frage nach dem Sachzusammenhang auch bei der Entlastung der Verwaltung. Die Dinge, welche zur Grundlage der Genehmigung von Geschäftsbericht und Jahresrechnung dienen und deswegen zur Verhandlung kommen, gehören auch – wenigstens zum Teil – zur Verhandlung bezüglich der Entlastung[16]. Im Normalfall können die Ausführungen nur das abgelaufene Geschäftsjahr betreffen; nur ausnahmsweise kann auch die weiter zurückliegende Tätigkeit der AG zur Sprache kommen.

Das Rederecht des Aktionärs umfasst nicht auch das Recht, sich in seiner Muttersprache auszudrücken. Dies ist mit dem Beratungszweck nicht vereinbar. Wenn aber, wie dies in der Schweiz häufig der Fall ist, ein erheblicher Teil des Aktionärbestandes eine andere Sprache spricht als die Gesellschaft, so

[13] BRUNNER S. 67 ff.

[14] BÜRGI Art. 700 N. 21; BRUNNER a. a. O.; SAG *34* 31.

[15] JÄGGI/HUG S. 347. Hingegen ist auch unzulässig, durch einen Verhandlungsgegenstand alles als hinreichend angekündigt anzusehen, was sich mit ihm noch irgendwie in Verbindung bringen oder aus seiner Umschreibung nicht kurzerhand ausscheiden lässt (BGE *103* II 144).

[16] BÜRGI Art. 698 N. 106 ff; SIEGERT S. 50 f; vgl. S. 105 f.

haben diese Aktionäre das Recht, sich ihrer Muttersprache zu bedienen[17]; sonst würde diese Gruppe praktisch von der Willensbildung ausgeschlossen. Selbst in diesem Fall kann man die Gesellschaft nicht verpflichten, alle Verhandlungen simultan übersetzen zu lassen. Sie muss lediglich dulden, dass der der Verhandlungssprache nicht mächtige Aktionär Fragen und Anträge in seiner Muttersprache stellt. Im Interesse der Aktionärsmehrheit sollen diese Voten in die Verhandlungssprache übersetzt werden[17].

b) Die Beratung. Statuten und allfällige GV-Reglemente enthalten fast nie Bestimmungen darüber, *wie* die Beratung durchzuführen sei. Die Beratung bedarf jedoch einer Leitung; denn Beratung ist geordnetes Miteinanderreden[18]. Die Leitung obliegt dem Vorsitzenden, welcher sie mittels Einzelanordnungen ausübt, vor allem mittels Worterteilungen. Grundlage der Diskussion sind die Wortmeldungen der Aktionäre. Es kann gefordert werden, dass sich die Aktionäre schriftlich zu Wort melden. Jedoch darf diese Liste nicht nach der ersten Erschöpfung geschlossen werden, denn die nachfolgende Stellungnahme der Verwaltung ruft meist noch weitere Kommentare hervor. Noch weniger ist erlaubt, die Rednerliste schon eingangs der GV fertigzustellen und spätere Wortmeldungen nicht mehr zu berücksichtigen. Dadurch würde das Debatterecht der Aktionäre verletzt.

An eine bestimmte Reihenfolge in der Behandlung der Wortmeldungen ist der Vorsitzende nicht gebunden. Insbesondere ist der zeitliche Eingang der Wortmeldungen nicht verbindlich[19]; vielmehr ist dieses Verfahren höchst ungeeignet, um die Verhandlungen zu leiten, da hiezu ein rein zufälliges Kriterium gewählt wird: das Wort wird demjenigen erteilt, der seine Hand um den Bruchteil einer Sekunde früher erhebt als sein Mitbewerber. Auch die alphabetische Reihenfolge oder gar die kapitalmässige Beteiligung sind nicht geeignete Kriterien, um die Beratung in der Versammlung zu organisieren.

Um einen Beratungsplan aufzustellen, kann der Versammlungsleiter eine Unterteilung der Voten, entsprechend ihrer Nähe zum Beratungszweck, vornehmen[20]. Viele der Voten werden natürlich gleichzeitig verschiedenen Kategorien angehören, z. B. gleichzeitig Anträge und Auskunftsbegehren enthalten, so dass es dem Vorsitzenden schwerfallen dürfte, die Diskussion einzig aufgrund dieser Unterteilung zu leiten. Die wichtigsten Voten sind diejenigen, mit denen der Aktionär einen *Antrag stellt,* zurückzieht oder abändert, denn die Anträge bereiten die Beschlussfassung am unmittelbarsten vor; sie bilden das Rückgrat der Beratung[20]. Spätere Redner nehmen häufig nur Bezug auf schon gestellte

[17] JÄGGI/HUG a. a. O.; SCHETT S. 43.
[18] JÄGGI/HUG S. 333.
[19] JÄGGI/HUG S. 350; BARZ § 119 N. 36; OBERMÜLLER/WERNER/WINDEN S. 85.
[20] JÄGGI/HUG S. 348.

Anträge, um sie zu unterstützen und ohne selber Anträge zu stellen. Vielfach nehmen auch diese Voten geraume Zeit in Anspruch, da sich der Redner nicht damit begnügt, einen Antrag zu stellen, sondern ihn ausführlich begründet. Da die Aktionäre in der GV ihr Auskunftsrecht ausüben, enthalten viele Voten Auskunftsbegehren an die Verwaltung, welche den zur Verhandlung stehenden Gegenstand betreffen; diese Voten und die anschliessenden Antworten tragen wesentlich zur Willensbildung der Gesellschaft bei. Die Stellung von Anträgen – sowie deren Rückzug, Abänderung und Begründung – und die Auskunftsbegehren bilden die eigentliche Grundlage der Diskussion.

Neben diesen Voten tragen persönliche Erklärungen zur Richtigstellung falscher Behauptungen und zur Wahrung von Anfechtungsrechten sowie Vorschläge und Einsprachen betreffend den Gang der Beratung nicht zur Willensbildung der Gesellschaft bei. Mit den übrigen Voten (Beratungsvoten im engern Sinn) werden nur Tatsachen mitgeteilt und Ansichten geäussert, ggf. um einen schon gestellten Antrag zu unterstützen.

Statt die Beratung aufgrund dieser Unterteilung zu ordnen (also z. B. zuerst diejenigen Redner zuzulassen, welche einen Antrag stellen wollen), kann der Versammlungsleiter auch nach einem andern Prinzip vorgehen. Er soll aber nicht nach Willkür, sondern nach einem durchschaubaren Vorgehen handeln und darf unter keinen Umständen oppositionelle Redner benachteiligen[21]. Soweit dies möglich ist, kann er einen Tagesordnungspunkt in mehrere Themen auftrennen und die einzelnen Themen getrennt diskutieren lassen; in diesem Fall kann er Wortmeldungen zu einem schon abgeschlossenen Thema abweisen. Bei gewissen Verhandlungsgegenständen (z. B. Entlastung) ist auch möglich, die Wortbewerber in zwei Gruppen (Gegner und Befürworter der Entlastung) aufzuspalten, so dass abwechslungsweise einem Redner der beiden Gruppen das Wort erteilt werden kann. Häufig scheitert dieses Verfahren aber daran, dass eine Vielzahl von verschiedenen Anträgen (z. B. über die Höhe der Dividende) gestellt werden.

Um der oben erwähnten Rangordnung der Voten Rechnung zu tragen, dürfte folgender Beratungsplan am geeignetsten sein, um die ordnungsgemässe Durchführung der Diskussion zu gewährleisten[22]: Stellung und Begründung des Antrages der Verwaltung (im Falle von Art. 699 Abs. 3: des Antrages der Initianten); Auskunftsbegehren der Aktionäre und Antworten der Verwaltung; Stellung und Begründung der übrigen Anträge, soweit diese nicht auf eine Einzelberatung zu verweisen sind; weitere Beratungsvoten (freie Aussprache). Sogar diese freie Aussprache soll aber geleitet werden. Das Wort soll deshalb nicht einfach freigegeben werden, was nur zu einer Aneinanderreihung von

[21] JÄGGI/HUG S. 350; BARZ § 119 N. 36.
[22] Wir zitieren JÄGGI/HUG S. 349; ähnlich OBERMÜLLER DB *1962* 827 am Anfang.

Voten ohne jede Beziehung untereinander führt. Geschäftsordnungsanträgen soll immer der Vortritt gelassen werden, denn sie verlieren ihre Aktualität sehr schnell, und ihre sofortige Zulassung kann eine unnötige Diskussion ersparen, wenn etwa der Antrag auf Vertagung lautet. Der Redner muss sich natürlich auf den Geschäftsordnungsantrag beschränken und darf nicht unter diesem Vorwand zur Sache selbst Äusserungen machen, was einem geschickten Redner leichtfallen dürfte. Ein Recht des Aktionärs darauf, dass sein Geschäftsordnungsantrag berücksichtigt werde – also der GV zur Abstimmung vorgelegt werde –, besteht nur in dem Masse, als die GV überhaupt für die Geschäftsordnungsfrage zuständig ist; in allen anderen Fällen entscheidet der Vorsitzende selbständig über den Gang der Verhandlungen. Er ist somit nicht verpflichtet, den Antrag der GV zu unterbreiten. Kommt es dennoch zu einem Beschluss, so ist dieser für ihn nicht verbindlich [23].

Der Beratungsplan des Vorsitzenden soll nicht zur Erstarrung der Diskussion führen; er muss ständig den Verhältnissen angepasst werden. Neue Anträge sind in jedem Stadium der Beratung zulässig, denn die Stellungnahmen der Verwaltung und seiner Mitaktionäre rufen oft Reaktionen des Einzelaktionärs hervor, welche noch berücksichtigt werden müssen. Überhaupt ist die ideale Beratung nicht die Aneinanderreihung vorbereiteter, nicht aufeinander bezogener Voten, sondern eine echte Diskussion [24].

c) Zusammengefasste Antworten der Verwaltung auf Fragen aus dem Aktionärskreis. Die Stellungnahmen der Verwaltung auf Auskunftsbegehren der Aktionäre tragen wesentlich zur Willensbildung der Versammlung bei; sie sind Bestandteil der Beratung. Es stellt sich die Frage, *wann* die Verwaltung auf die Fragen antworten soll.

In den GV kleiner Gesellschaften ist es üblich, dass die Verwaltung im unmittelbaren Anschluss an die Fragen der Aktionäre die verlangten Auskünfte erteilt, was den Aktionären ermöglicht, im Rahmen der Stellungnahme noch Ergänzungsfragen zu stellen. In den GV grosser Gesellschaften wünschen die Aktionäre oft, dass jede ihrer Fragen ebenfalls «Zug um Zug» beantwortet werde. Dieses Vorgehen verzögert jedoch den Ablauf der GV; ausserdem werden erfahrungsgemäss von verschiedenen Aktionären gleiche oder ähnliche Fragen gestellt mit der Folge, dass die Verwaltung mehrmals dieselbe Auskunft erteilen muss, während eine gemeinsame Beantwortung erlaubt, die verschiedenen Gesichtspunkte zu berücksichtigen [25]; dies belässt auch der Verwaltung ge-

[23] S. 65.
[24] Jäggi/Hug S. 351.
[25] Barz S. 9; Obermüller DB *1962* 827.

nügend Zeit, um die nötigen Unterlagen einzusehen und ggf. zu beraten, ob eine verlangte Auskunft zu verweigern sei. Wenn die Fragen einzeln beantwortet werden, besteht auch die Gefahr, dass ein derartiges Frage- und Antwortspiel in eine endlose und zum Teil privat zugespitzte Unterhaltung abgleitet [26]. Die Verwaltung kann daher verweigern, Fragen direkt zu beantworten, und verlangen, alle Fragen zu ein und derselben Sache zu kennen, um sie gemeinsam zu beantworten; denn der dem Aktionär durch das Gesetz [27] gewährte Anspruch geht auf Auskunftserteilung, nicht auf die Möglichkeit «eines Frage- und Antwortspiels in Form einer Vernehmung der Verwaltung» [28]. Die Beantwortung mehrerer Anfragen in einer einheitlichen Stellungnahme bewirkt eine Straffung der Beratung, welche durch eine blosse Bezugnahme auf eine von der Verwaltung auf eine gleichliegende Frage schon früher erteilte Antwort nicht immer erreicht werden kann. Dieses Verfahren setzt aber voraus, dass die Debatte nicht nach der ersten Erschöpfung der Rednerliste geschlossen werde, sondern Stellungnahmen der Aktionäre, die durch die Antworten der Verwaltung hervorgerufen werden, noch zugelassen werden.

6. Die Beschlussfassung

I Die Abstimmung

a) Der Antrag als Grundlage der Abstimmung. In der GV wird nicht über die Gegenstände der Tagesordnung abgestimmt, sondern einzig über Anträge, welche zu den angekündigten Traktanden gestellt werden oder die die Geschäftsordnung betreffen. Vorliegen eines Antrags ist also Voraussetzung jeder Abstimmung [1].

Der Antrag muss durch die angekündigte Tagesordnung gedeckt sein, soweit es sich nicht um den Antrag auf Einberufung einer ausserordentlichen GV oder um reine Ordnungsanträge handelt. Letztere brauchen der Abstimmung nur dann unterbreitet zu werden, wenn die Statuten dies vorsehen. Es ist grundsätzlich nicht Sache des Versammlungsleiters, über die Zulässigkeit eines Antrags zu entscheiden. Einzig wenn offensichtlich ist, dass dieser statuten- oder gesetzwidrig (etwa durch die Tagesordnung nicht gedeckt), sinnlos oder schikanös ist, kann der Vorsitzende davon absehen, den Antrag zur Abstimmung zu stellen [2].

[26] Barz a. a. O.; Obermüller/Werner/Winden S. 169 f.
[27] Art. 696 f.
[28] Barz a. a. O.
[1] von Steiger S. 194; SJZ *60* 90; Barz § 119 N. 40.
[2] Obermüller/Werner/Winden S. 90; Eckardt Vorbem. §§ 118-147 N. 52.

Die unberechtigte Ablehnung eines Antrags kann die Anfechtbarkeit des Beschlusses begründen, der mit der abgelehnten Abstimmung in innerem Zusammenhang steht. Anträge können zurückgenommen werden, solange darüber nicht abgestimmt worden ist.

Das Recht, Anträge zu den Gegenständen der Tagesordnung zu stellen, ist ein Hilfsrecht des Debatte- und des Stimmrechts[3], im weiteren Sinn also des Teilnahmerechts; vorschlagsberechtigt ist deshalb, wer an der GV teilnahmeberechtigt und auch tatsächlich erschienen ist oder sich vertreten lässt. Neben den Aktionären, den einzelnen Verwaltungsratsmitgliedern und den Mitgliedern der Kontrollstelle steht das Vorschlagsrecht auch der Verwaltung als Gremium zu[4]. Eine *Pflicht* der Verwaltung, Anträge zu den Traktanden schriftlich (etwa im Einberufungsschreiben) zu stellen, besteht nicht, kann aber statutarisch festgelegt werden. Einzig die Anträge über die Verwendung des Reingewinns und über Statutenänderungen müssen von Gesetzes wegen aufgelegt werden; sie müssen natürlich auch in der GV selber vorgebracht und der Versammlung zur Abstimmung unterbreitet werden. Ausser den erwähnten Vorschriften bestehen keine ausdrücklichen Gesetzesbestimmungen, wonach die Verwaltung verpflichtet wäre, wenigstens in der GV selber (mündlich) Vorschläge zu den Verhandlungsgegenständen zu machen. Es muss jedoch angenommen werden, dass diese Pflicht aus der in Art. 722 festgelegten Aufgabe der Verwaltung folgt, die Geschäfte der GV sorgfältig vorzubereiten[5], dies zumindest in den Fällen, da die Verwaltung einberufende Instanz ist und also für die Aufstellung der Traktandenliste verantwortlich ist; gleich wie sich aus der Pflicht, die GV einzuberufen, diejenige, eine Traktandenliste aufzustellen, ergibt, so folgt aus dieser die Pflicht der Verwaltung, Vorschläge zu den Verhandlungsgegenständen zu machen. Eventualvorschläge sind natürlich ausreichend. Wenn die Verwaltung der GV pflichtwidrig keine Vorschläge unterbreitet, so bewirkt dies nicht die Anfechtbarkeit der Beschlüsse, sondern höchstens die Haftbarkeit der Verwaltung.

Im Gegensatz zur Verwaltung ist der Aktionär nicht verpflichtet, Anträge zu stellen. Nach BGE *99* II 57 setzt die Ausübung des Anfechtungsrechts des nicht zustimmenden Aktionärs nicht voraus, dass er an der GV zum betreffenden Traktandum Gegenvorschläge gemacht hat.

Die Aufstellung der Verwaltungsvorschläge bedeutet nicht eine Bindung der GV derart, dass sie die Vorschläge nur annehmen oder ablehnen könnte. Aufgrund der Diskussion können die Vorschläge geändert oder umgestaltet werden

[3] Schluep S. 155; Moser S. 34; SJZ *69* 322.
[4] von Steiger S. 194; Weber S. 50.
[5] Jäggi SAG *38* 27; vgl. Art. 698 Abs. 2 Ziff. 3 («Genehmigung» setzt Vorliegen eines Antrags voraus). Ausdrücklich § 124 Abs. 3 AktG.

und dann in der neuen Fassung gutgeheissen oder abgelehnt werden. Der Aktionär kann daher jederzeit (vor Schluss der Debatte) Gegenanträge und Abänderungsanträge einbringen, solange kein abschliessender Beschluss über den betreffenden Gegenstand vorliegt. Er hat auch das Recht, seinen Antrag im Rahmen seines Rederechts zu begründen, was aber nicht Voraussetzung für die Berücksichtigung des Antrags ist. Hingegen hat er kein Anrecht darauf, dass seine Vorschläge – wie evtl. diejenigen der Verwaltung – den Gesellschaftern vor der GV bekanntgemacht werden[6]. Wenn ihm die Statuten dieses Recht nicht zubilligen, so bleibt es dem Aktionär unbenommen, auf eigene Kosten seinen (Gegen-)Antrag vor der GV bekanntzugeben oder ihn nur in der GV selber zu stellen.

Mit der Annahme des Verwaltungsvorschlags fällt die Abstimmung über alle weiteren Anträge dahin; diese sind stillschweigend verworfen (gegenstandslos). Alle Anträge sind in positivem Sinne zu formulieren, d. h. es ist nicht die Verweigerung der Entlastung oder die Ablehnung der Jahresrechnung zu beantragen. Die Anträge sind auch in dieser Weise zur Abstimmung zu stellen. Ist der Antrag falsch gestellt, so bedeutet seine Ablehnung keineswegs die Annahme des Gegenteils[7]. Ergibt sich etwa auf die Frage «Verweigert ihr dem B die Entlastung?» eine (knappe) Mehrheit von Nein-Stimmen, so bedeutet dies nicht die Erteilung der Entlastung; denn nach schweizerischem Recht werden die Stimmenthaltungen oft zu den Nein-Stimmen gezählt (Art. 703). Durch Ausnutzung dieser Bestimmung könnte der Vorsitzende die GV manipulieren. In erhöhtem Masse muss innerhalb eines Traktandums die Formulierung der Anträge einheitlich durchgeführt werden; es darf nicht bei einem Verwaltungsratsmitglied über die Verweigerung statt, wie bei den anderen, über die Erteilung der Entlastung abgestimmt werden.

b) Die Verschmelzung von Antrag und Verhandlungsgegenstand. Anträge dürfen nur zu den ordnungsgemäss angekündigten Traktanden gestellt werden. Ob sich ein Antrag im Rahmen der Tagesordnung hält, ist manchmal schwierig zu entscheiden; der Vorsitzende soll deshalb im Zweifel den Antrag zulassen. Er kann auch eine doppelte Abstimmung durchführen, um festzustellen, ob die Berücksichtigung des umstrittenen Antrags das Abstimmungsresultat beeinflusse[8].

Die einberufene Instanz hat es in der Hand, durch genaue Umreissung des

[6] A. M. Weber S. 51, welcher annimmt, dass Anträge der Aktionäre auf Statutenänderung aufzulegen seien. Wie hier Jäggi SAG *38* 26.

[7] Barz § 133 N. 3. Mit Zöllner (§ 133 N. 38) muss aber angenommen werden, dass nicht alle Beschlüsse, die aufgrund einer negativen Formulierung zustandekamen, unzulässig sind. Vgl. Schett S. 68.

[8] S. 125 am Ende.

Tagesordnungspunktes das Antragsrecht des Aktionärs zu begrenzen. Im Extremfall reduziert sich das Antragsrecht auf ein Ja oder ein Nein zu einer Vorlage, dann nämlich, wenn der Verhandlungsgegenstand so eng formuliert ist, dass er sich mit dem Antrag des Einberufenden deckt[9]. Dies ist durchaus zulässig; Art. 700 verlangt ja gerade, dass der Verhandlungsgegenstand so konkret umschrieben werde, dass jeder Aktionär weiss, über was genau verhandelt wird. Unzulässig wäre einzig, auf diesem Weg die GV ihrer gesetzlichen und statutarischen Befugnisse zu berauben, indem das entsprechende Traktandum in der Ankündigung eingeengt wird, obwohl die GV das Recht hat, es vollumfänglich zu behandeln.

Bei Statutenänderungen ist es möglich, den vollen Wortlaut der neuen Bestimmung in die Traktandenliste aufzunehmen; die GV kann in diesem Fall den Vorschlag gutheissen oder ablehnen, unter Wahrung des Inhalts evtl. noch die Redaktion verbessern, aber sie kann ihn inhaltlich nicht auch nur geringfügig abändern. Dahingehende Anträge können zurückgewiesen werden, weil sie ausserhalb der angekündigten Tagesordnung liegen. Es ist aber auch zulässig, als Gegenstand der Tagesordnung nur «Statutenänderung» bekanntzumachen[10]; denn Art. 700 bezweckt nicht, dass der Verhandlungsgegenstand möglichst eng formuliert werde, sondern nur, dass der Aktionär wisse, worüber verhandelt und beschlossen wird. Der Aktionär muss aber erwarten, dass unter dem Traktandum «Statutenänderung» die gesamten Statuten zur Diskussion und Entscheidung stehen. In diesem Fall müssen also Anträge, welche irgendeine statutarische Bestimmung betreffen, zugelassen werden; insbesondere müssen sich die Anträge nicht im Rahmen der (allfälligen) Vorschläge der Verwaltung halten[11]. Dass Gemäss Art. 700 Abs. 1 auf die (obligatorische) Auflegung der Verwaltungsvorschläge hingewiesen werden muss, lässt diese Vorschläge nicht zum Bestandteil der Tagesordnung werden. Der blosse Hinweis auf aufgelegte Anträge bewirkt daher nicht, dass die GV artikelweise oder in globo deren Annahme oder Ablehnung beschliessen, aber keine wesentlichen Änderungen vornehmen könnte[12]. Dies kann einzig durch Aufnahme der Anträge in die Traktandenliste erreicht werden. Das Gegenteil anzunehmen, hiesse, das Antragsrecht der Aktionäre, welches ein unerlässliches Element der Willensbildung ist, für Statutenänderungen praktisch auszuschliessen, da die Verwaltung als einberufende Instanz in den meisten Fällen einen Vorschlag vorlegen wird, so dass die GV nur noch Ja oder Nein stimmen könnte.

9 Brunner S. 71; Weber (S. 55) nimmt an, eine zu enge Formulierung sei unzulässig.
10 Anders BGE *80* II 271.
11 A. M. Brunner S. 72; Weber S. 53.
12 So Brunner a. a. O.

Es empfiehlt sich, die Beschlussfreiheit der GV wenigstens auf einen Teil der Statuten zu beschränken, z. B. auf eine bestimmte Anzahl von Paragraphen oder auf ein bestimmtes Gebiet. Denn die GV ist nicht in der Lage, in der kurzen ihr für die Verhandlungen zur Verfügung stehenden Zeit anhand vielleicht nicht einmal aufeinander abgestimmter Anträge selber neue, in sich geschlossene Statuten zu erarbeiten [13].

Im Rahmen des Tagesordnungspunktes «Gewinnverwendung» kann nicht beantragt werden, die Vergütung des Verwaltungsrates unter das in den Statuten bestimmte Mass herabzusetzen, selbst wenn dies nur für das eine Geschäftsjahr gelten soll, über dessen Gewinn die GV entscheidet [14]. Denn die Tragweite dieses Antrags geht über die Gewinnverwendung hinaus und zielt auf eine Statutenänderung. Nach BGE *60* I 385 kann zwar die GV, die eine Statutenänderung beschlossen hat, schon vorgängig der Eintragung gestützt auf die neuen Statutenbestimmungen Beschlüsse fassen und Wahlen vornehmen; solche Handlungen sind möglich, doch hängt ihre Gültigkeit davon ab, dass die Statutenänderung nachträglich in das Handelsregister eingetragen wird.

Über die Abberufung der Verwaltung kann nur entschieden werden, wenn die Abberufung als Gegenstand der Tagesordnung gehörig angekündigt wurde [15]. Ein Antrag auf Abberufung muss daher zurückgewiesen werden, wenn er nicht durch die Tagesordnung gedeckt ist; insbesondere hält sich der Antrag nicht im Rahmen des Traktandums «Wahlen».

Verwaltungsanträge auf Erhöhung oder Herabsetzung des Grundkapitals werden mit Vorteil direkt in den Verhandlungsgegenstand eingebaut, um eine Verstümmelung des Plans durch einander folgende Anträge aus der Versammlung zu verhindern. Die GV kann in der kurzen Zeit ihres Zusammenseins nicht einen ausgewogenen Plan ausarbeiten [16].

Bei Wahlen soll die Formulierung des Wahltraktandums nicht personenbezogen sein. Die Verwaltung kann jedenfalls die GV durch die Aufnahme ihrer Anträge in den Verhandlungsgegenstand nicht derart binden, dass die Versammlung nur Ja oder Nein zu den Verwaltungsvorschlägen stimmen könnte.

In der Universalversammlung sind Anträge zu irgendeinem Geschäft zulässig; sie müssen nicht durch die Tagesordnung gedeckt sein.

c) Reihenfolge der Behandlung der Anträge. Einzelne Aktionäre legen mitunter Wert darauf, dass über ihren Antrag zuerst abgestimmt werde. Hier ist es Sache

[13] Brunner a. a. O.
[14] Eckardt Vorbem. N. 54.
[15] SAG *27* 142; Schucany Art. 705 N. 1; SJ *1954* 580.
[16] Brunner S. 72.

des Vorsitzenden, von sich aus die Reihenfolge zu bestimmen[17]. Er darf hierbei nicht willkürlich verfahren, sondern muss die sich aus der Art der Anträge ergebende Reihenfolge beachten, wenn sich eine solche feststellen lässt. Er muss sich an den Grundsatz der völligen Unparteilichkeit halten; er muss nach den Regeln von Treu und Glauben den Willen der Versammlung klären und entsprechende Beschlüsse herbeiführen[18].

Es gelten keine festen Grundsätze, in welcher Reihenfolge die Anträge zu behandeln sind. Es gilt einfach die Sachdienlichkeit, über welche der Vorsitzende zu entscheiden hat[19]. Im allgemeinen ist die Technik der Eventualabstimmung anzuwenden, d. h. es ist aus einer Vielzahl verschiedener Anträge eine bereinigte Hauptalternative anzustreben, indem kleinere Differenzen durch Gegenüberstellen der Anträge eliminiert werden. Anträge zu Verfahrensfragen sollen vor den Sachfragen erledigt werden, um unnötige Beratungen zu verhindern, wenn etwa der Antrag auf Vertagung lautet. Anträge, die durch einen andern überholt werden, sollen nicht an erster Stelle behandelt werden. Oft kann jedoch nicht festgestellt werden, welcher von mehreren Anträgen der weitergehende ist; dennoch muss das Verhältnis der Anträge zueinander berücksichtigt werden. Über Anträge, die nur einen Sinn haben, wenn ein anderer Antrag angenommen ist (Zusatzanträge), soll daher erst nach Annahme des Hauptantrags abgestimmt werden. Damit werden unnötige Abstimmungen vermieden. Falls aus der Diskussion ersichtlich ist, welcher der Anträge die meisten Stimmen auf sich vereinigen wird, so ist über diesen zuerst abzustimmen[20]. Der Verwaltungsantrag soll aber nicht systematisch an die erste Stelle gesetzt werden. Anträge, die in einer echten Alternative zueinander stehen, können in einem Abstimmungsgang erledigt werden; erhält kein Antrag die erforderliche Mehrheit, so ist die Abstimmung zu wiederholen.

Wenn der Vorsitzende eine unzweckmässige Reihenfolge wählt, so hat dies nur zur Folge, dass unnötig oft abgestimmt wird. Beschlüsse, die aufgrund einer nur unzweckmässigen Reihenfolge gefasst werden, sind daher grundsätzlich nicht anfechtbar. Die Wahl einer unzweckmässigen Reihenfolge kann aber auch bewirken, dass im anschliessenden Beschluss nicht der Willen der Mehrheit der Versammlung zum Ausdruck kommt. Der Versammlungsleiter kann sogar durch die Wahl einer falschen Reihenfolge die Beschlussfassung manipulieren und dadurch erreichen, dass nur ihm genehme Beschlüsse gefasst werden.

[17] Obermüller DB *1962* 830; Eckardt Vorbem. N. 56; Schett S. 69 f; Barz § 119 N. 37. Die Abstimmung muss nicht im Anschluss an die Verhandlung über den betreffenden Verhandlungsgegenstand erfolgen, sondern kann auch vorläufig zurückgestellt werden (Gadow/Heinichen § 103 N. 22).

[18] Obermüller a. a. O.

[19] Obermüller/Werner/Winden S. 88; Schett S. 69.

[20] Obermüller DB *1962* 830; Barz § 119 N. 37; Schett S. 70.

In diesen Fällen sind die GV-Beschlüsse anfechtbar, weil sie gegen die Bestimmung des Art. 703 verstossen.

Wenn der Vorsitzende die Reihenfolge der Abstimmungen festsetzen kann, so kann er auch mehrere Anträge in einem Abstimmungsgang zusammenfassen, wenn ihm dies zweckmässig erscheint. Vor der Abstimmung muss er aber die Versammlung belehren, was die Annahme und Ablehnung der zusammengefassten Anträge bedeutet, um zu verhindern, dass Aktionäre ihre Stimme im Irrtum über den Gegenstand der Abstimmung abgeben, was die Anfechtbarkeit der Beschlüsse zur Folge haben kann[21]. Häufig ist die Zusammenfassung mehrerer Anträge bei Wahlen (Listenwahl). Dieses Vorgehen erfordert aber, dass der Vorsitzende darauf hinweist, dass jeder Aktionär, der mit einem der Einzelanträge nicht einverstanden ist, gegen die ganzen zusammengefassten Anträge stimmen muss. Wenn der zusammengefasste Antrag abgelehnt wird, so sind damit nicht auch die Einzelanträge abgelehnt; durch Addierung der von verschiedenen Aktionären gegen verschiedene Einzelanträge abgegebenen Stimmen kann sich eine Ablehnung der zusammengefassten Anträge ergeben, obwohl bei Einzelabstimmung gewisse der Einzelanträge eine Mehrheit erhielten[22]. Nach Ablehnung der zusammengefassten Anträge müssen daher noch die Einzelanträge zur Abstimmung gestellt werden.

Der Vorsitzende kann, wenn nicht ersichtlich ist, welcher der Anträge die meisten Stimmen auf sich vereinigen wird, sämtliche Anträge zu einem Verhandlungsgegenstand in zwei Gruppen unterteilen (z. B. Anträge auf eine Dividende über/unter einem bestimmten Betrag) und zuerst diese Gruppen zur Abstimmung stellen, wodurch geklärt werden kann, zu welcher Gruppe der Einzelantrag gehört, der die Zustimmung der GV finden wird. Abstimmungen über Anträge der andern Gruppe erübrigen sich somit.

Über Anträge, die in einer Alternative zueinander stehen, kann auch gleichzeitig abgestimmt werden, womit sich eine Diskussion über die Reihenfolge erübrigt. Ein Antrag ist aber nur dann angenommen, wenn auf ihn die nach Gesetz oder Statuten erforderliche Mehrheit entfällt; andernfalls müssen die Anträge einzeln zur Abstimmung gestellt werden, wobei derjenige vorzuziehen ist, der im ersten Verfahren die meisten Stimmen erhalten hatte[23].

Aus dem Gesagten geht hervor, dass das Antragsrecht des Aktionärs nicht erfordert, dass jeder (zulässige) Antrag einzeln zur Abstimmung gestellt werde, noch, dass überhaupt über ihn abgestimmt werde; er kann auch stillschweigend abgelehnt werden durch die Annahme eines ihn ausschliessenden Gegenantrages.

[21] S. 110.
[22] Barz a. a. O.; vgl. dazu S. 100 f.
[23] Obermüller/Werner/Winden S. 88; Obermüller DB *1962* 830.

d) Abstimmungsverfahren. Die Form der Ausübung des Stimmrechts richtet sich in erster Linie nach den Statuten. Sie können die Entscheidung über die Form der Abstimmung auch einer Drittperson übertragen, etwa dem Versammlungsleiter oder dem Verwaltungsrat. Bei Schweigen der Statuten ist der Vorsitzende für die Wahl des Abstimmungsverfahrens zuständig[24]. Er entscheidet selbständig, muss also einen Antrag, die Abstimmung sei anders als vom Vorsitzenden bestimmt durchzuführen, nicht berücksichtigen. Eine andere Lösung würde beim Widerspruch auch nur eines Aktionärs gegen den Entscheid des Vorsitzenden einen GV-Beschluss erfordern, der gar nicht gefasst werden könnte, weil das Verfahren, nach dem er zu fassen wäre, nicht feststände[25]. Der Vorsitzende kann die Bestimmung des Abstimmungsverfahrens auch der Versammlung überlassen. Jedenfalls hat der Aktionär keinen Anspruch auf eine bestimmte Art der Abstimmung, wenn ihm die Statuten dieses Recht nicht ausdrücklich zugestehen. Die einzige Anforderung an die Form der Abstimmung ist die einer möglichst sicheren und eindeutigen Kenntlichmachung des Abstimmungsergebnisses. Stillschweigende Beschlussfassung ist zwar nicht ausgeschlossen, soll aber aus diesem Grund vermieden werden, ebenso wie Meinungsäusserung durch Beifall, Verzichten auf Widerspruch und dergleichen[26].

Die im öffentlichen Recht üblichen Arten der Abstimmung eignen sich für die GV schlecht, da hier nicht nach Kopf abgestimmt wird, sondern nach der Kapitalbeteiligung, so dass gewöhnlich auf jeden der Teilnehmer völlig verschiedene Stimmenzahlen entfallen. Handaufheben und Einwerfen eines gewöhnlichen Stimmzettels in eine Urne sind jedoch an sich durchaus zulässig; ausser in kleinen GV, wo die Stimmkraft der einzelnen Aktionäre bekannt ist und daher aufgrund des Handaufhebens die wirklichen Stimmrechtsverhältnisse festgestellt werden können, können diese primitiven Abstimmungsarten auch dann angewendet werden, wenn die Vorlage, die zur Abstimmung steht, voraussichtlich unbestritten ist. Wenn aus der Versammlung gegen dieses Abstimmungsverfahren Einspruch erhoben wird, so soll der Vorsitzende diesem stattgeben, denn in einem allfälligen Anfechtungsprozess gegen den so gefassten Beschluss wird ohne weiteres anzunehmen sein, dass die Verwendung dieses vereinfachten Verfahrens das Abstimmungsergebnis ausschlaggebend beeinflusst hat[27]. Ausserdem ist Abstimmung durch Handerheben angezeigt, wenn von Gesetzes wegen (Art. 693 Abs. 3) nicht nach der Anzahl der Aktien, sondern nach Köpfen abgestimmt wird.

[24] Jäggi/Obrecht S. 401; Barz § 119 N. 41; Jacobs BB *1958* 726; a. M. Bürgi Art. 689 N. 14; Schucany Art. 702 N. 2; Eckardt § 134 N. 70.

[25] Barz S. 9.

[26] Funk Art. 703 N. 1; Feldmann S. 58; SAG *36* 108; Schett S. 106.

[27] S. 124.

In kleinen und mittleren GVen wird meist durch Zuruf abgestimmt, indem die Aktionäre in einer bestimmten Reihenfolge (auf Zuruf, nach der Sitzordnung, nach der alphabetischen Reihenfolge usw.) ihre Stimme mündlich abgeben und gleichzeitig die ihnen zustehende Stimmenzahl nennen, wenn diese nicht schon anderweitig festgehalten ist. Die Aktionäre können ihre Meinung auch äussern durch Vorzeigen eines Schildes, auf dem ihre Stimmenzahl vermerkt ist. Alle diese Formen der offenen Abstimmung sind einwandfrei; insbesondere hat der Aktionär kein Recht darauf, dass seine Stimmkraft vor seinen Mitaktionären geheimgehalten werde. In grossen GVen ist die Verwendung von Stimmkarten nicht mehr zu umgehen, wenn man nicht grosse Zeitverluste in Kauf nehmen will. Die Stimmkarten werden dem Aktionär entweder schon bei der Hinterlegung (Anmeldung) ausgehändigt, oder erst, wenn er sich bei der Eingangskontrolle meldet, um gegen Aushändigung seiner Eintrittskarte (bzw. seiner Aktien) die Stimmkarten zu erhalten und sich in die Präsenzliste aufnehmen zu lassen. Natürlich kann eine Stimmkarte zugleich als Eintrittskarte dienen. Da der Gesellschaft aus den Aktienhinterlegungen, den Anmeldungen und aus dem Aktienbuch bekannt ist, welche Stimmkraft den einzelnen Aktionären zukommt, evtl. sogar, welche der Aktionäre erscheinen werden, kann sie die Stimmkarten schon vorbereiten, etwa in der Weise, dass auf den einzelnen Karten die dem Aktionär oder Aktionärsvertreter zustehende Stimmenzahl aufgedruckt wird. Es ist auch möglich, dass der Aktionär nicht eine Stimmkarte pro Abstimmung erhält, sondern mehrere, nach 50, 100 oder 1000 Franken gestükkelte, was auch eine uneinheitliche Stimmabgabe ermöglicht. Immer müssen die Stimmkarten jedoch so gekennzeichnet sein, dass ersichtlich ist, für welche Abstimmung sie Gültigkeit besitzen. Dies kann dadurch erreicht werden, dass jeder Abstimmung eine Ordnungsnummer zugeordnet wird und jeweils nur diejenigen Stimmkarten gültig sind, die die entsprechende Nummer tragen, oder dadurch, dass die Stimmkarten für die einzelnen Abstimmungen jeweils in verschiedenen Farben gedruckt werden[28]; der Vorsitzende braucht dann nur noch bekanntzugeben, welche Karten zu benutzen sind. Hingegen ist es nicht angezeigt, den Verhandlungsgegenstand, für welchen sie Gültigkeit haben, auf die Stimmkarten aufzudrucken, da nicht zum voraus feststeht, wieviele Abstimmungen zu einem bestimmten Verhandlungsgegenstand nötig sein werden. Die Notwendigkeit, die Stimmkarten als gültig nur für eine bestimmte Abstimmung zu kennzeichnen, ergibt sich daraus, dass andernfalls der Aktionär bei einzelnen Abstimmungen, die ihm besonders wichtig erscheinen, durch einmalige Abgabe der für mehrere Abstimmungen bestimmten Karten seine Stimmenzahl vergrös-

[28] Piontek SAG *36* 241 ff; die Stimmkarten können auch als abtrennbare Coupons gestaltet sein.

sern könnte. Die Numerierung ermöglicht auch eine nachträgliche Überprüfung der Abstimmungsergebnisse. Darüber hinaus ist es üblich, dass die Stimmzettel eine Kontrollnummer tragen, welche meist mit derjenigen auf der Eintrittskarte übereinstimmt [29].

Wenn ein Aktionär oder Aktionärvertreter verschiedene Aktienposten vertritt, so muss ihm für jeden Posten ein besonderer Satz von Aktienzetteln ausgegeben werden; dies ist schon deshalb notwendig, weil die Gesellschaft ja nicht von vornherein wissen kann, ob von dem Teilnehmer verschiedene Aktienposten vertreten werden. Ausserdem kann dieser von seinen Vollmachtgebern auseinandergehende Weisungen erhalten haben, so dass ihm die uneinheitliche Stimmabgabe ermöglicht werden muss. Die Stimmabgabe mittels Stimmkarten erfolgt in der Weise, dass der Vorsitzende die Aktionäre auffordert, die für diese Abstimmung bestimmten Stimmzettel, welche er ihnen bezeichnet (Nummer, Farbe), in Kästen einzuwerfen, welche von den Stimmenzählern oder sonstigem Hilfspersonal durch die Reihen der Aktionäre getragen werden oder welche sich an verschiedenen Orten des Versammlungslokals befinden. Die Stimmurnen können mit Ja oder Nein bezeichnet sein, so dass der Aktionär, je nachdem wie er stimmen will, seinen Stimmzettel in den einen oder andern Kasten einwirft [30]. Dadurch ist zwar seine Stimmabgabe für die anderen Versammlungsteilnehmer erkennbar; ein Anspruch auf völlig geheime Abstimmung steht ihm jedoch nur – aber immer dann – zu, wenn die Statuten dies vorsehen. Wie BRUNNER [31] bemerkt, birgt eine Statutenbestimmung, welche jedem einzelnen Aktionär das Recht gibt, geheime Abstimmung zu fordern, die Gefahr des Missbrauchs in sich. Ein übelgelaunter Aktionär kann den Ablauf der GV erheblich verzögern dadurch, dass er selbst bei unbestrittenen Vorlagen geheime Abstimmung verlangt. Es empfiehlt sich, dieses Recht nur einer qualifizierten Minderheit (Prozentsatz der vertretenen Stimmen, Mindestanzahl der anwesenden Aktionäre) zu geben. Dennoch hat bei elf der von Brunner untersuchten 36 Gesellschaften jeder einzelne Aktionär das Recht, geheime Abstimmung zu verlangen.

Wenn die Stimmurnen mit Ja oder Nein bezeichnet sind, ist offensichtlich, dass auch eine Abstimmung mittels Stimmkarten nicht unter allen Umständen eine geheime Abstimmung gewährleistet. Auch bei Verwendung neutraler Stimmurnen kann für die Stimmenzähler (nicht aber für die übrigen Versammlungsteilnehmer) aus der Aufzeichnung der Zahl der Stimmrechte ersichtlich sein, von welchem Aktionär der Stimmzettel stammt [32]. Dennoch handelt es

[29] ECKARDT § 134 N. 71.

[30] BARZ S. 10.

[31] BRUNNER S. 75 f; manche Autoren (so NAHRATH S. 99, BÖCKLI S. 21 Anm. 49, FELDER SJZ *54* 180 f, SAG *25* 41) sind der Auffassung, jedem Aktionär sei das Recht, geheime Abstimmung zu verlangen, zuzuerkennen.

[32] JÄGGI/OBRECHT S. 401.

sich hier um eine geheime Abstimmung; wenn der Teilnehmer ein Recht auf geheime Abstimmung hat, so hat er nur ein Anrecht darauf, dass die Art seiner Stimmabgabe vor seinen Mitaktionären geheimgehalten werde, dass m. a. W. keine mit Ja oder Nein bezeichneten Stimmurnen verwendet werden.

Völlig geheime Abstimmungen sind aber durchaus möglich [33], indem z. B. gestückelte Stimmkarten verwendet werden, womit auch aufgrund des Teilnehmerverzeichnisses keine Rückschlüsse auf die Art der Stimmabgabe des einzelnen Aktionärs gezogen werden können. Die Abstimmungsresultate geheimer Abstimmungen sind aber in einem allfälligen Anfechtungsverfahren nicht überprüfbar, so dass mit Vorteil auch Abstimmungen mittels Stimmkarten derart durchgeführt werden, dass ihre nachträgliche Überprüfung möglich ist. Dadurch kann sich die Gesellschaft den Gegenbeweis des Art. 691 Abs. 3 erhalten. Aus demselben Grund empfiehlt es sich, die Stimmzettel nach der Abstimmung aufzubewahren. Wenn die Gesellschaft sogar trotz Widerspruchs aus der Versammlung die nachträgliche Überprüfung der Abstimmungsresultate verunmöglicht, so ist dieses Verhalten als Indiz im Beweisverfahren des Anfechtungsprozesses zu werden [34].

Anstelle von Stimmkarten können auch Lochkarten verwendet werden [35]. Dadurch wird das Auszählungsverfahren erheblich verkürzt. Überhaupt lässt sich nicht eine abschliessende Liste der möglichen Abstimmungsverfahren aufstellen. Es kann sogar mittels elektronischer Anzeigetafel wie in der UNO abgestimmt werden; die entsprechenden Anlagen dürften jedoch kaum jemals vorhanden sein. Der Vorsitzende ist daher frei in der Wahl der Abstimmungsart; einzig dann ist die Anordnung einer bestimmten Methode unzulässig, «wenn gerade durch die Wahl dieser Stimmweise die Freiheit der Entschliessung der Aktionäre in unzulässiger Weise beeinträchtigt und unter Druck gestellt würde» [36]. Vor allem bei Wahlen dürfte sich die geheime Abstimmung aufdrängen, da hier personelle Bindungen besonders stark auf den Aktionär einwirken.

II. Das Abstimmungsergebnis

a) Die Ermittlung des Abstimmungsergebnisses. Die Abstimmung endet damit, dass ihr Ergebnis ermittelt wird. Der Vorsitzende stellt das Ergebnis der Beschlussfassung unter seiner eigenen Verantwortung fest. Da es ihm unmöglich ist, die Stimmen selber zu zählen, darf er dazu Stimmenzähler beiziehen; deren Verwendung ist, «weil notwendig, unbedenklich, auch wenn es sich stets um

[33] A. M. Schucany SAG *30* 259; Schett S. 107; Obermüller/Werner/Winden S. 137; Barz § 119 N. 4.
[34] S. 124.
[35] Vgl. SAG *34* 21 ff; Barz S. 10.
[36] RG zit. bei Obermüller DB *1962* 831 Anm. 42.

Angestellte der Gesellschaft handelt»[37]. Die Stimmenzähler sind nur die Helfer des Vorsitzenden, weshalb er sie bestimmt, soweit keine statutarische Bestimmung besteht[38]. Zweckmässigerweise gibt er ihre Bestellung der Versammlung bekannt. Dadurch wird das Vertrauen des Aktionärs in die Ordnungsmässigkeit der Auszählung gestärkt. Da es sich bei den Stimmenzählern um blosse Hilfspersonen des Vorsitzenden handelt, bindet ihn ihre Zählung nicht; aus diesem Grunde soll er die Stimmenzähler beaufsichtigen, zum mindesten während der durch die Abstimmungen entstehenden Pausen. Wenn sich auch der Notar um ihre Beaufsichtigung bemüht, so kann die Beweiskraft der Ergebnisse, wie sie die Stimmenzähler ermitteln, erhöht werden. Die Auszählung selber kann von Hand erfolgen; bei grösserer Teilnehmerzahl empfiehlt sich eine maschinelle Auswertung.

Zur Ermittlung des Abstimmungsergebnisses können die Ja-Stimmen und die Nein-Stimmen gesondert zusammengezählt und einander gegenübergestellt werden (Additionsverfahren). Die Stimmenthaltungen (Einlegen leerer Stimmzettel) müssen ebenfalls berücksichtigt werden, sie sind für die Ermittlung des Abstimmungsergebnisses bedeutungsvoll. Das Ergebnis kann aber auch auf dem Weg des Subtraktionsverfahrens ermittelt werden. Einzige Voraussetzung für dessen Anwendung ist, dass – anhand des Teilnehmerverzeichnisses, des Aktienbuches oder anhand früherer Abstimmungen – die Gesamtstimmenzahl der anwesenden Aktionäre bekannt ist. Bei dieser Methode werden von der bekannten Gesamtstimmenzahl diejenigen Stimmen abgezogen, die erwartungsgemäss die geringste Addition erfordern. Auch hier müssen die Stimmenthaltungen mitgezählt werden; wird z. B. erwartet, dass die meisten Aktionäre Ja zum Verwaltungsvorschlag stimmen, so können nur die Nein-Stimmen und die Stimmenthaltungen erfasst werden und von der Gesamtstimmenzahl abgezogen werden, wodurch sich auch die Summe der Ja-Stimmen ergibt.

Die Zulässigkeit der Subtraktionsmethode ist nicht unbestritten[39]. Das Verfahren ist natürlich einwandfrei nur unter der Bedingung, dass die Präsenzkontrolle funktioniert. Die Gesamtzahl der vertretenen Aktionäre darf nicht eingangs der GV mit Wirkung für alle Abstimmungen festgestellt werden, sondern für jede Abstimmung selbständig, wenn auch unter Auswertung der früheren Zählungen[40]. Dies erfordert, dass selbst während der GV eine Eingangskontrolle besteht: Die den Versammlungsraum neu betretenden und ihn verlassenden Aktionäre und Aktionärsvertreter müssen erfasst und dadurch die Präsenzliste ständig dem neuesten Stand angepasst werden. Dazu genügt freilich, dass

[37] Barz § 119 N. 41.
[38] Barz S. 10; Schett S. 112.
[39] Vgl. dazu Obermüller/Werner/Winden S. 138 Anm. 114; SAG *36* 255.
[40] Jäggi/Obrecht S. 399 f.

jedem, der den Raum verlässt, der Stimmrechtsausweis abverlangt wird. Es empfiehlt sich, nach Beginn der GV den Zu- und Abgang nur durch einen Eingang zuzulassen; auch ist die Anwesenheitsliste so zu gestalten, dass sie laufend berichtigt werden kann, etwa durch einfache Entfernung der betreffenden Karten aus der Kartothek.

Die Präsenzliste ständig auf dem neuesten Stand zu halten, ist Sache der Versammlungsleitung; eine Pflicht des Aktionärs, sich an- und abzumelden, besteht nicht[41].

Brox[42] wendet gegen die Anwendung des Subtraktionsverfahrens ein, dass bei dieser Methode diejenigen Aktionäre, welche sich überhaupt nicht rühren, also weder ausdrücklich Nein stimmen noch ausdrücklich Stimmenthaltung erklären, notwendig den Ja-Stimmen zugerechnet werden; dass deren Verhalten (Schweigen) als Ja-Stimmen gedeutet werde, sei unzulässig, dazu bedürfe es vielmehr einer ausdrücklichen Willenserklärung. Denn die betreffenden Aktionäre könnten während der Belehrung über das Abstimmungsverfahren und während der Abstimmung selber geschlafen oder die Zeitung gelesen haben, so dass ihr Schweigen nicht als Ja-Stimme gewertet werden dürfe. Dem ist entgegenzuhalten, dass der Versammlungsleiter durch die Anordnung des Abstimmungsverfahrens zwingend festlegt, auf welche Art die Aktionäre (ausschliesslich) ihren Willen zu äussern haben. Er legt somit den Zeitpunkt und die Art fest, wie sich die Aktionäre verhalten müssen, damit ihr Verhalten als Ja-Stimme, Nein-Stimme oder Stimmenthaltung gedeutet werde; eine vierte Möglichkeit des Verhaltens in der GV gibt es nicht. Der Aktionär, der sich irrtümlich oder aus Unaufmerksamkeit in einer Weise benimmt, die keiner der drei Willenserklärungen entspricht (z. B. die Zeitung liest), nimmt es auf sich, dass sein Verhalten als Stimmenthaltung, Ja- oder Nein-Stimme gewertet werde, je nach dem angeordneten Abstimmungsverfahren. Denn der Aktionär, der an der GV teilnimmt, gibt zu erkennen, dass er in irgendeiner Weise an den Abstimmungen teilnehmen will; er kann nicht gleichzeitig in der GV erscheinen und erklären, er wolle nicht teilnehmen. In diesem Fall soll er nicht als Aktionär erscheinen, sondern als blosser Anwesender, oder er soll sich bei den Abstimmungen, die ihn nicht interessieren, aus dem Versammlungsraum entfernen. Sonst muss er dulden, dass seine Anwesenheit als Teilnahme an der Abstimmung gewertet wird.

b) Das Prinzip der absoluten Mehrheit. Art. 703 bestimmt, dass die GV ihre Beschlüsse mit der absoluten Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen fasst, soweit Gesetze und Statuten es nicht anders bestimmen. Das absolute Mehr ist

[41] Barz § 129 N. 6; Godin-Wilhelmi § 129 N. 5; Obermüller-Werner-Winden S. 79; Westrick BB *1958* 395 ff; a. M. Schett S. 114.

[42] DB *1965* 731 ff und Erwiderung Obermüllers in DB *1965* 883 ff.

dann erreicht, wenn mehr als die Hälfte der vertretenen Stimmen einen Beschluss annehmen oder ablehnen. Die absolute Mehrheit ist somit nicht die Hälfte der Stimmen, erhöht auf die nächste ganze Zahl[43], denn im Aktienrecht gibt es, im Gegensatz zum öffentlichen Recht, auch Bruchteile von Stimmen.

Das absolute Mehr berechnet sich nach der Zahl der in der GV vertretenen, nicht etwa nur der abgegebenen Stimmen; ob diese gesetzliche Regelung zweckmässig ist, ist zweifelhaft, um so mehr als in der Praxis oft nur das Verhältnis der Ja- und der Nein-Stimmen berücksichtigt wird[44]. Überdies stellt sich die Frage, wann eine Stimme vertreten ist. Sicher ist, dass die Aktien, die wegen Stimmrechtsausschlüssen nicht stimmberechtigt sind, bei den jeweiligen Abstimmungen (z. B. Dechargebeschlüssen) nicht mitgezählt werden dürfen[45]. Ebenso sind natürlich Aktionäre, die der GV fernbleiben und sich nicht vertreten lassen, nicht mitzuzählen. Wie aber verhält es sich, wenn ein Stimmberechtigter den Versammlungsraum vorzeitig verlässt, für immer oder nur vorübergehend, oder wenn er zwar den Versammlungsraum nicht verlässt, aber zu erkennen gibt, dass er (vorübergehend) nicht mehr am Geschehen in der GV teilnehmen will, z. B. indem er die Zeitung liest? Es muss angenommen werden, dass alle diejenigen Aktionäre – aber nur sie – zu der Zahl der vertretenen Stimmen zu rechnen sind, welche sich im Moment der Abstimmung im Versammlungsraum befinden; diejenigen Aktionäre, die es nicht dulden wollen, dass ihre blosse Anwesenheit als Teilnahme an der Abstimmung, ja sogar als Willenserklärung (Stimmabgabe) gewertet werde, sollen sich jenseits der Eingangskontrolle begeben. Nur dadurch geben sie klar zu erkennen, dass sie ihre Aktien nicht vertreten wollen; der Versammlungsleiter kann auch anordnen, dass diese Aktionäre ihren Willen, nicht als «Vertreter» von Aktien zu zählen, auf andere Weise ausdrücken können.

Die Statuten können die Beschlussfassung dahingehend erleichtern, dass sie die Mehrheit nur der abgegebenen Stimmen vorsehen[46]. Hingegen kann nicht statutarisch festgelegt werden, dass Beschlüsse von einer Minderheit gefasst werden können.

Das Bundesgericht hat in BGE *51* II 69 angenommen, dass selbst ohne entsprechende Statutenbestimmung auf das relative Mehr abgestellt werden könne, denn «nach der im schweizerischen Abstimmungswesen allgemein eingelebten Praxis dürfen mangels anderweitiger Abmachung oder Vorschrift für

[43] So SJZ *62* 330 (unter Berufung auf GIACOMETTI, Staatsrecht der Kantone, S. 261); richtig SCHUCANY Art. 702 N. 2.

[44] BRUNNER S. 36; BÜRGI Art. 703 N. 7.

[45] BGE *51* II 69; BÜRGI Art. 698 N. 95; BÖCKLI S. 21; PICENONI S. 28 f; SCHUCANY Art. 703 N. 2; MOSER S. 69; ZbJV *101* 112; VON STEIGER S. 195; a. M. WEBER S. 64 f; SIEGWART Art. 659 N. 45.

[46] Wie aus BGE *51* II 69 hervorgeht; a. M. SCHUCANY Art. 703 N. 1; SIEGWART Art. 627 Ziff. 11; FUNK Art. 703 N. 3. Vgl. § 133 Abs. 2 AktG.

die Berechnung des absoluten Mehrs weder die abwesenden Stimmberechtigten mitgerechnet werden, noch die Anwesenden, die sich an der Abstimmung nicht beteiligen»; in Wahrheit handelt es sich jedoch hier um das *relative* Mehr, indem nur die Ja- und Nein-Stimmen, nicht aber die Stimmenthaltungen, berücksichtigt werden. Trotz dieses Entscheides besteht in der Praxis weiterhin eine beträchtliche Unsicherheit[47]. Sicher ist, dass die Statuten das absolute oder das relative Mehr vorschreiben können. Sie können auch bestimmen, dass im ersten Wahlgang das absolute und im zweiten das relative Mehr gelte; dadurch wird vermieden, dass Beschlüsse, die unbedingt nötig sind (z. B. Wahlen), zufolge massiver Stimmenthaltungen nicht zustande kommen. Enthalten die Statuten keine Bestimmung, so gilt nach dem bundesgerichtlichen Entscheid die Mehrheit der abgegebenen Stimmen. Die Stimmenthaltungen werden also nicht berücksichtigt.

Der Stimmenmehrheit entspricht nicht immer eine Kapitalmehrheit. Nur wenn keine Stimmrechtsaktien bestehen, fallen Stimmen- und Kapitalmehrheit zusammen.

Man pflegt zu sagen, dass kein Beschluss zustande komme, wenn nicht mehr als die Hälfte der (vertretenen oder abgegebenen) Stimmen einem Beschluss oder einer Wahl zustimmen. Dies ist unzutreffend; eine Abstimmung hat immer einen Beschluss zur Folge, sei er auch ablehnend. Auch wenn wegen zahlreicher Stimmenthaltungen ein Antrag weder angenommen noch abgelehnt oder wenn Stimmengleichheit erzielt wird, liegt ein Beschluss vor. Insbesondere ist eine Anfechtung auch dieser Beschlüsse möglich. Ob man bei Stimmengleichheit annimmt, der Antrag sei abgelehnt oder er sei unentscheiden geblieben, ist unerheblich[48]. Es ist zulässig, dass dem Vorsitzenden bei Stimmengleichheit der Stichentscheid überlassen wird[49]; ebenso ist der Losentscheid gültig. Es kann auch erklärt werden, dass bei Stimmengleichheit der Antrag als angenommen zu gelten habe. Es bedarf aber einer ausdrücklichen statutarischen Bestimmung.

Neben der Vorschrift des Art. 703 stellt das Gesetz keine zusätzlichen Erfordernisse an die Beschlussfassung; insbesondere spielt die Zahl der Aktionäre keine Rolle. Vereinigt ein Aktionär auf sich mehr als die Hälfte der Aktienstim-

[47] Vgl. NZZ Nr. 157 vom 7. Juli 1977, S. 13 und NZZ Nr. 158 vom 8. Juli 1977, S. 15. In der Berichterstattung über die GV der Bally AG vom 6. Juli 1977 meldete die NZZ zuerst, die Decharge sei der Verwaltung der Bally AG knapp erteilt worden. Am folgenden Tag berichtigte sie, die Entlastung sei zufolge massiver Stimmenthaltungen verweigert, weil es in den Statuten heisse: «Wahlen und Beschlüsse erfolgen, soweit nicht zwingende Vorschriften des Gesetzes oder die Statuten etwas anderes bestimmen, mit der Zustimmung des absoluten Mehrs der abgegebenen Stimmen» (§ 14). Dieser Beschluss war m. E. anfechtbar, denn wer sich der Stimme enthält, gibt eben keine Stimme ab. Nach dem BGE *51* II 69 hätten die Stimmenthaltungen sogar ohne die obige Statutenbestimmung nicht berücksichtigt werden müssen. – Der Beschluss war zudem gesetzeswidrig nicht verkündet worden.

[48] Barz § 133 N. 3 und zit. Lit.

[49] So BGE *95* II 555. Entgegen die herrschende Lehre.

men, so stellt er die Stimmenmehrheit dar, einerlei, ob er allein anwesend ist oder ob sich die Minderheit aus tausend Aktionären zusammensetzt. Auch der allein erschienene Gesellschafter muss aber einen Beschluss fassen. Für eine Reihe besonders wichtiger Traktanden sieht das Gesetz zudem eine Erschwerung der Beschlussfassung vor, entweder indem es eine qualifizierte Mehrheit vorschreibt (Art. 636, 646 Abs. 3, 648 Abs. 1), oder indem es festlegt, dass über bestimmte Gegenstände nur in einer GV abgestimmt werden kann, in welcher zwei Drittel sämtlicher Aktien vertreten sind (Art. 649, 655, 658). Im letzteren Fall muss entgegen dem Wortlaut des Gesetzes nicht nur auf die Anzahl der Aktien, sondern auf die Anzahl der Aktienstimmen abgestellt werden; die erhöhte Stimmkraft einzelner Aktien muss also berücksichtigt werden[50]. Ein einzelner Aktionär, welcher mindestens zwei Drittel der Aktienstimmen auf sich vereinigt, kann auch diese Beschlüsse fassen, einerlei, ob er eine einzige oder eine Vielzahl von Aktien vertrete, und unabhängig vom Anteil des Grundkapitals, den er repräsentiert.

Häufig enthalten die Statuten Bestimmungen über die Beschlusserschwerung. In welchem Umfang solche Bestimmungen zulässig sind, ist umstritten[51]. Jedenfalls sollen Erschwerungen nicht ohne triftigen Grund eingeführt werden, insbesondere für wichtige Beschlüsse. Die Statuten können somit für bestimmte Beschlüsse oder allgemein ein qualifiziertes Mehr vorsehen, berechnet nach der Gesamtstimmenzahl oder nach dem Grundkapital. Es kann auch eine qualifizierte Anwesenheit vorgeschrieben werden, so dass nur eine Versammlung, an der ein Mindestanteil der Gesamtstimmenzahl oder des Grundkapitals vertreten ist, Beschlüsse fassen kann. Wenn Aktien vorhanden sind, auf die die Einlage nicht vollständig geleistet ist, so sind diese dem vertretenen Grundkapital zuzurechnen, und zwar mit dem vollen Nennwert, nicht nur mit der eingezahlten Einlage[52].

c) Verkündung des Beschlusses. Für das Zustandekommen eines GV-Beschlusses ist es notwendig, dass der Versammlungsleiter den gefassten Beschluss verkündet. Erst dadurch wird er rechtlich existent[53]. Eine genaue ziffernmässige Feststellung der Ja- und Nein-Stimmen ist zwar dazu grundsätzlich nicht notwendig, aber empfehlenswert, um den Beteiligten eine sichere Grundlage für eine etwaige Anfechtungsklage zu geben. Einzig wenn diese Feststellung blosse Förmlichkeit wäre, weil die Annahme oder Ablehnung des Antrags für jeder-

[50] Funk Art. 649 N. 1.

[51] Vgl. dazu Geilinger S. 40 ff; Brunner S. 35 ff; Bürgi Art. 703 N. 20 ff; von Steiger S. 195 mit Anm. 54.

[52] A. M. Godin-Wilhelmi § 134 N. 13; vgl. Art. 692,1.

[53] Siebe S. 20 ff; Frei S. 57; Eckardt § 133 N. 23.

mann ersichtlich ist (z. B. bei Einstimmigkeit), erübrigt sich eine ausdrückliche Verkündung[54].

Der Vorsitzende kann bei diesem Vorgang zwei Arten von Fehlern begehen[55]. Einmal kann er aus dem richtig ermittelten Zählungsergebnis einen falschen Schluss ziehen (Feststellungsmängel); er berechnet beispielsweise das absolute Mehr einzig anhand der abgegebenen Stimmen und erklärt deshalb einen Antrag zu Unrecht als angenommen. Oder er teilt das richtige Zählungsergebnis falsch oder unvollständig mit, aus Versehen oder absichtlich (Mitteilungsmängel); er verwechselt z. B. die Ja- und die Nein-Stimmen. Auch in diesen Fällen kommt aber der Beschluss so zustande, wie der Versammlungsleiter ihn verkündet[56], also mit dem unrichtig festgestellten Ergebnis. Der falsch verkündete Beschluss kann nur durch Anfechtung beseitigt werden. Vor Schluss der GV kann der Vorsitzende jedoch durch richtige Verkündung den Mangel beheben.

Die Verkündung bewirkt im allgemeinen auch, dass der Beschluss rechtswirksam wird.

d) Die Protokollierung der Beschlüsse. Nach Art. 702 Abs. 2 muss über die Beschlüsse und Wahlen Protokoll geführt werden. Verantwortlich für die Protokollführung ist die Verwaltung[57], welche aber den Vorsitzenden damit betrauen kann. Das Protokoll ist eine privatschriftliche Urkunde, in welcher Willensäusserungen einzelner Personen oder Personenmehrheiten und die Umstände, unter denen sie erfolgt sind, festgehalten werden[58]. Es stellt vor allem dar, was bei der natürlichen Person das Gedächtnis ist, soll also ermöglichen, den früheren Willen der juristischen Person wiederzugeben. *Alle* Beschlüsse sind zu protokollieren, also auch ablehnende und Geschäftsordnungsbeschlüsse; bei Wahlen sind auch Zwischenresultate zu protokollieren, denn auch sie stellen jeweils GV-Beschlüsse dar.

Dem Protokoll geht der öffentliche Glaube ab; es hat einzig Beweiswirkung. Es soll beweisen, dass die in ihm enthaltenen Erklärungen so und nicht anders abgegeben worden sind. Dementsprechend ist die Protokollierung nicht Gültigkeitsvoraussetzung der Beschlüsse, sondern blosse Sollvorschrift. Beschlüsse, über die kein Protokoll geführt wird, sind daher vollauf gültig; anfechtbar wäre einzig ein Beschluss, demzufolge in Zukunft auf die Protokollführung zu verzichten sei. Der Aktionär hat auch kein erzwingbares Recht auf Protokollführung; hingegen hat der Aktionär eine Schadenersatzforderung gegen die Ver-

[54] Eckardt § 130 N. 28 und zit. Urteil; Barz § 130 N. 16.
[55] Jäggi/Obrecht S. 401.
[56] Barz § 130 N. 17 und zit. Entscheide; Baumbach/Hueck § 130 N. 5; Eckardt § 130 N. 29.
[57] Art. 702 Abs. 2 und 722 Abs. 3.
[58] Wydler S. 14.

waltung, die pflichtwidrig kein Protokoll geführt hat. Die Verwaltung darf das Protokoll nicht unmittelbar nach seiner Niederschrift vernichten. Damit es seiner Beweisfunktion gerecht werden kann, muss es eine gewisse Zeit aufbewahrt werden; die Pflicht zur Aufbewahrung folgt aus der Pflicht zur Protokollführung. Falsch ist, die Pflicht zur Aufbewahrung aus Art. 962 herzuleiten [59], denn das Protokoll fällt nicht unter die «Bücher und Belege, die zur Ermittlung der Vermögens- und Ertragslage der kaufmännischen Unternehmung geführt werden» [60]. Folglich ist das Protokoll auch nicht während zehn Jahren aufzubewahren. Wie lange es aufzubewahren ist, ist allerdings schwierig zu bestimmen – mindestens aber während der Frist, innerhalb welcher der Beschluss angefochten werden kann.

Das Gesetz schreibt nur ein Beschlussprotokoll vor; dieses braucht die Verhandlungen nicht wiederzugeben. Wydler [61] will aus der Tatsache, dass das Gesetz die Protokollierung und nicht etwa nur die «Aufzeichnung» der Beschlüsse verlangt, ableiten, dass das Protokoll ein Minimum formaler Angaben enthalten müsse. Vielmehr ist anzunehmen, dass die Verwaltung ihrer Pflicht zur Protokollführung nachgekommen ist, wenn sich diese Angaben (z. B. in welcher GV der Beschluss gefasst worden ist) aus den äusseren Umständen ergeben; sie sind zur begrifflichen Umschreibung des Protokolls nicht unerlässlich. Detaillierte Angaben erhöhen jedoch die Beweiskraft des Protokolls. Im Normalfall enthält es daher mindestens den Namen der Gesellschaft, den Tag und Ort der GV, die Unterschriften des Vorsitzenden und des Protokollführers und die ziffernmässige Angabe der Abstimmungsergebnisse. Angaben über die anwesenden Aktionäre und die vertretenen Aktien sind sowenig wie das Führen eines Teilnehmerverzeichnisses notwendig, aber nützlich. Oft wird auch die Feststellung des Vorsitzenden vermerkt, die GV sei formrichtig einberufen, gewisse Dokumente regelmässig zur Einsicht der Aktionäre aufgelegt und der Bericht der Revisoren vorgelegt worden [62]. Statutarisch kann vorgeschrieben werden, dass das Protokoll über die der Abstimmung vorausgehenden Verhandlungen Aufschluss geben muss. Im Falle der schriftlichen Abstimmung können die Stimmzettel dem Protokoll beigelegt werden, welche dadurch zum Bestandteil des Protokolls werden. Einwandfrei ist natürlich auch, die Beschlussfassungen (und die Verhandlungen) durch ein stenographisches Protokoll festhalten zu lassen. Ein Genehmigungsrecht des Protokolls durch die GV besteht nicht. Eine ausdrückliche Genehmigung kann jedoch die Anfechtung der protokollierten

[59] So Wydler S. 48 und zit. Lit.; Funk Art. 692 N. 1; richtig Schett S. 124.
[60] Patry, Grundlagen des Handelsrechts, S. 174.
[61] Wydler, S. 60.
[62] Funk Art. 702 N. 2.

Beschlüsse erschweren. Um diesen Zweck zu erreichen ist aber eine Genehmigung an der nächstfolgenden GV verspätet[63].

Das Protokoll kann zu jedem Zeitpunkt ergänzt und berichtigt werden. Die Statutenbestimmung, das Protokoll werde mit Unterzeichnung durch den Vorsitzenden und den Protokollführer «rechtskräftig», schliesst die nachträgliche Überprüfung und Richtigstellung nicht aus[64].

Der Protokollführer wird – wie die Stimmenzähler – durch den Vorsitzenden bestimmt; er braucht selber nicht Aktionär zu sein, sondern es kann sich um einen Angestellten der Gesellschaft handeln[65].

Einzig die Aktionäre haben Einsicht in das Protokoll. Ein Recht auf Ausstellung einer Abschrift besteht in Ermangelung einer entsprechenden statutarischen Bestimmung nicht.

e) Verwendung von Tonbandgeräten in der GV. 1. Im allgemeinen. Es stellt sich vorerst die Frage, ob Tonbandaufnahmen der Ausführungen der Aktionäre nicht deren Privatbereich verletzen. Nach Art. 179bis StGB ist strafbar, «wer ein fremdes nichtöffentliches Gespräch, ohne die Einwilligung aller daran Beteiligter, (...) auf einen Tonträger aufnimmt». Obwohl die GV im zivilrechtlichen Sinn nicht öffentlich ist[66], so sind Äusserungen im Sinne des Art. 179 StGB immer dann öffentlich und also nicht geschützt, «wenn sie nach dem Willen desjenigen, der sie tut, von einem grösseren, durch persönliche Beziehungen nicht verbundenen Personenkreis vernommen werden sollen»[67]. Der Tatbestand des Aufnehmens fremder Gespräche nach Art. 179 StGB ist also zum mindestens bei Publikumsgesellschaften nicht erfüllt. Wer an ihr aktiv teilnimmt, erklärt notwendig sein Einverständnis mit der Festhaltung seiner Beiträge. Einzig bei kleinen AG (z. B. Familien-AG) ist die Verwendung von Tonbandgeräten nur mit Einwilligung aller Beteiligten zulässig.

Die Verwaltung kann daher zur Gewährleistung eines einwandfreien Stenogramms ein Tonbandgerät aufstellen; sogar zur selbständigen Aufnahme der Verhandlungen und Beschlussfassungen ist dies zulässig. Die Verwaltung soll aber die Verwendung des Geräts der Versammlung bekanntgeben, die heimliche Benutzung ist nicht gestattet[68]. Sogar die unerlaubte Benutzung bewirkt nicht die Anfechtbarkeit der Beschlüsse.

[63] So aber Bürgi Art. 702 N. 34; vgl. SAG *10* 102.
[64] SJZ *56* 381; SAG *33* 205 f.
[65] Bürgi Art. 702 N. 29; vgl. S. 34.
[66] Vgl. S. 21.
[67] G. Stratenwerth, Schweiz. Strafrecht, Besonderer Teil I, S. 142; gl. M. die Begründung zum (deutschen) Regierungsentwurf zit. bei Eckardt Vorbem. N. 60 («Äusserungen, die für einen grösseren Personenkreis wahrnehmbar sind, der nicht durch persönliche Beziehungen abgegrenzt ist»).
[68] BGHZ *27* 284; Eckardt Vorbem. N. 59; Obermüller/Werner/Winden S. 303 f; Barz § 119 N. 27; Schett S. 129.

Zuständig für den Entscheid über die Zulassung von Tonbandgeräten ist der Versammlungsleiter. Ein Mehrheitsbeschluss der GV ist nicht nötig. Auch kann der Aktionär der Zulassung nur in dem Masse widersprechen, als dadurch sein Persönlichkeitsrecht verletzt würde.

Der einzelne Aktionär hat kein Recht auf Benutzung eines Tonbandgerätes. Dies ergibt sich aus dem Prinzip der Gleichbehandlung der Aktionäre; jeder Aktionär wäre nämlich dann zur Benutzung berechtigt, was zu einer beträchtlichen Störung der Versammlung führen könnte. Selbst die Aufnahme der eigenen Stimme kann dem Aktionär aus diesem Grund verboten werden[69]. Ausserdem wäre bei Verwendung von Tonbandgeräten durch die Aktionäre die Gefahr der missbräuchlichen Benutzung viel grösser als bei der Verwaltung. Der Vorsitzende kann aber den Aktionären die Tonaufnahme erlauben, sofern er das Gleichheitsprinzip beachtet und keine Störung der Versammlung zu befürchten ist.

2. Tonbandaufnahme anstelle der Protokollierung. Da der Gesetzgeber für die Protokollierung keine besondere Form vorgeschrieben hat und das Protokoll vor allem Beweisfunktion hat, ist die Zulässigkeit der nicht-schriftlichen Form der Aufzeichnung grundsätzlich zu bejahen, sofern sie die gleiche Beweiskraft hat wie ein schriftliches Protokoll. Da Tonbandaufnahmen im Zivilprozess durchaus zugelassen sind, kann eine Tonbandaufnahme die Niederschrift sehr wohl ersetzen[70]. Technische Unzulänglichkeiten (Gefahr der versehentlichen Löschung des Aufgenommenen, Möglichkeit von Pannen, Schwierigkeit der Aufbewahrung der Tonbänder) können ohne weiteres vermieden werden. Dennoch soll jederzeit jemand bereit sein, bei Panne das Protokoll konventionell zu führen.

f) Öffentliche Beurkundung. Für gewisse besonders wichtige Beschlüsse[71] schreibt das Gesetz die öffentliche Beurkundung vor. Im Gegensatz zum Erfordernis der Protokollierung ist die öffentliche Beurkundung Gültigkeitsvoraussetzung der Beschlüsse; Beschlüsse, die nicht beurkundet worden sind, sind nichtig und nicht nur anfechtbar[72]. Einzig dann kann die Nichtigkeit nicht mehr geltend gemacht werden, wenn der Beschluss ins Handelsregister eingetragen ist. Die Unterlassung der Beurkundung führt also dazu, dass der GV-Beschluss rechtlich nicht existent ist. Selbst der Beweis des richtigen Beschlusses vermag den Mangel der Beurkundung nicht zu ersetzen. Schreiben hingegen die Statuten für zusätzliche Beschlüsse die öffentliche Beurkundung vor (oder zusätzliche Erfordernisse für die von Gesetzes wegen zu beurkundenden Be-

69 ECKARDT Vorbem. N. 64.
70 WYDLER S. 96 (mit Vorbehalten).
71 Art. 637; 647 Abs. 1; 736 Ziff. 2.
72 FREI S. 59 f.

schlüsse[73]), so führt die Nichtbeachtung dieser Vorschriften nicht zur Nichtigkeit, sondern nur zur Anfechtbarkeit der betreffenden Beschlüsse.

Die öffentliche Beurkundung macht die Protokollierung des Beschlusses überflüssig.

7. Die formelle Durchführung der GV-Beschlüsse nach Art. 689

a) Die Festsetzung und Änderung der Statuten (Art. 689 Abs. 2 Ziff. 1). Damit die GV gültig eine Statutenänderung beschliessen kann, ist notwendig, dass besondere Formvorschriften schon bei der Einberufung der GV beachtet werden; so müssen nach Art. 700 neben der Bekanntgabe der beabsichtigten Statutenänderung als Gegenstand der Traktandenliste (allfällige) Anträge der Verwaltung (nicht aber der Aktionäre) auf Abänderung der Statuten zur Einsicht der Aktionäre aufgelegt werden, und in der Einberufung muss auf diese Auflegung hingewiesen werden. Eine sehr knappe Form der Ankündigung ist ausreichend.

An der GV selber stellt sich vor allem die Frage nach der Gebundenheit (der Beschlussfreiheit) der GV; es fragt sich m. a. W., inwieweit die GV in ihren statutenändernden Beschlüssen von der Ankündigung einerseits und von der Auflegung anderseits abweichen kann, inwieweit also der Beschluss über die Statutenänderung noch «gedeckt» ist. Es ist schon festgestellt worden[1], dass die Auflegung der Verwaltungsanträge die Beschlussfreiheit der GV nicht einengt; wenn das Gesetz die Beschlussfreiheit der GV beschränken will, so bedarf es dazu einer ausdrücklichen Bestimmung. Hingegen müssen sich statutenändernde Beschlüsse strikte im Rahmen der Ankündigung halten. Über Anträge, die (klarerweise) über den angekündigten Tagesordnungspunkt hinausgehen, braucht der Vorsitzende nicht abstimmen zu lassen. Kommt der betreffende Beschluss dennoch zustande, so ist er anfechtbar (und nicht nichtig)[2], wobei die Anfechtungsklage nur in eindeutigen Fällen zugelassen werden soll.

Für die Abstimmung über statutenändernde Anträge bestehen keine besonderen Vorschriften[3]. In Ermangelung abweichender statutarischer Bestimmungen ist daher der Antrag angenommen, wenn er die Mehrheit der vertretenen Stimmen auf sich vereinigt. Abweichend von den allgemeinen Regeln wird die Statutenänderung aber nicht schon mit der Annahme des Antrags vollkommen, sondern bedarf des Eintrags im Handelsregister, dies sogar im Innenverhältnis[4].

[73] ECKARDT § 130 N. 81.
[1] Vgl. S. 81.
[2] BÜRGI Art. 700 N. 27 f; FREI S. 38 ff.
[3] Vgl. aber Art. 648, 649.
[4] Art. 647 Abs. 2; BGE *84* II 38 ff; VON STEIGER S. 196; WEBER S. 89.

b) Die Wahl der Verwaltung und der Kontrollstelle (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2). Die Wahl von Verwaltung und Kontrollstelle ist in der ausschliesslichen Zuständigkeit der GV; der Verwaltung kann nicht die Befugnis eingeräumt werden, sich durch Zuwahl zu ergänzen[5]. Auch eine Ernennung von Verwaltungsratsmitgliedern durch ein anderes Organ als die GV oder durch Dritte vorbehaltlich der Zustimmung der GV ist unzulässig, es sei denn, die Erteilung der Zustimmung könne als Wahl aufgefasst werden. Setzt die Wahl eine Statutenänderung voraus (höhere Zahl von Verwaltungsratsmitgliedern als in den Statuten vorgesehen), so wird auch die Wahl selbst erst mit der Eintragung im Handelsregister wirksam.

Die GV ist in ihrer Wahl frei; dies folgt aus ihrem Wahlrecht. Sie ist nicht an Wahlvorschläge gebunden. Anderseits hat die GV kein Recht, mehrere Wahlvorschläge vorgelegt zu bekommen, um aus mehreren geeigneten Bewerbern auswählen zu können[6].

Die Wahl der Mitglieder von Verwaltung und Kontrollstelle erfolgt durch Beschluss der GV, für dessen Zustandekommen und Gültigkeit die allgemeinen Regeln gelten. So gilt der Grundsatz der absoluten Mehrheit der vertretenen Stimmen nach Art. 703 ausdrücklich auch für Wahlen. Bei der Abstimmung können die Aktionäre für sich selbst stimmen[7]. Dem Beschluss muss notwendigerweise ein Wahlvorschlag zugrunde liegen, denn dessen Annahme oder Ablehnung bildet den Inhalt des Wahlbeschlusses.

Wahlen von Mitgliedern der Verwaltung sind nicht Traktandum jeder ordentlichen GV. Sie sind immer dann erforderlich, wenn dem Verwaltungsrat weniger Mitglieder als die für seine Zusammensetzung durch Gesetze oder Statuten festgesetzte Zahl angehören und die GV für deren Ersetzung zuständig ist[8]. Der Ausfall kann durch Ablauf ihrer Amtszeit oder durch vorzeitiges Ausscheiden (Tod, Demission, Abberufung, Verlust evtl. erforderlicher persönlicher Eigenschaften) eintreten. Der Ausfall einzelner Verwaltungsratsmitglieder erfordert nicht immer eine sofortige Neuwahl, zwingt also die Verwaltung nicht zur Einberufung einer ausserordentlichen GV. Vielmehr können nach Art. 708 Abs. 3 die verbleibenden Mitglieder die Verwaltung bis zur nächsten (ordentlichen) GV fortführen; die Verwaltung verliert ihre Handlungsfähigkeit nicht, solange die Voraussetzungen für die Beschlussfähigkeit gewahrt bleiben. Erst wenn die Zahl der Mitglieder unter die für die Beschlussfähigkeit festgesetzte Zahl sinkt, drängt sich die Einberufung einer ausserordentlichen GV mit dem Zweck der Vornahme einer Ersatzwahl auf.

[5] BÜRGI Art. 708 N. 47.

[6] OBERMÜLLER/WERNER/WINDEN S. 133; meist schlägt die Verwaltung die Wiederwahl (Bestätigung) sämtlicher Mitglieder vor (BÜRGI Art. 708 N. 39).

[7] Umkehrschluss aus Art. 695; MOSER S. 61.

[8] Vgl. Art. 762.

Die Amtszeit der verschiedenen Verwaltungsratsmitglieder ist unabhängig voneinander; sie können auf verschieden lange Zeit bestellt werden, und ihre Amtszeit braucht nicht gleichzeitig zu beginnen und zu enden[9]. Auch ausser im Fall des vorzeitigen Ausscheidens einzelner Mitglieder ist es daher möglich, dass nur einzelne Verwaltungsratssitze neu zu besetzen sind. Normalerweise ist aber bei der Behandlung des Wahltraktandums der gesamte Verwaltungsrat zu ersetzen. Zudem hat die GV – selbst ohne entsprechende Statutenbestimmung[10] – ein Recht zur Wahl von Suppleanten.

Es ist Sache des Versammlungsleiters, das Wahlverfahren zu bestimmen; bei Vorliegen mehrerer Wahlvorschläge bestimmt er auch die Reihenfolge, in der über die Vorschläge abgestimmt wird. Ein Beschluss der GV ist nicht notwendig und für den Vorsitzenden nicht verbindlich[11]. Über einen entsprechenden Antrag muss der Leiter nicht abstimmen lassen, selbst wenn er von einer qualifizierten Minderheit ausgeht. Für Wahlen empfiehlt sich das geheime Abstimmungsverfahren mehr als für andere Beschlüsse. Wenn der Vorsitzende für die Anordnung des Wahlverfahrens zuständig ist, so kann er natürlich nicht auf diesem Weg in die Befugnisse der GV eingreifen und etwa Verhältniswahl anordnen; dazu bedarf es einer ausdrücklichen Statutenbestimmung. Nach BGE *60* I 385 steht es der GV aber frei, eine Statutenänderung zu beschliessen und sofort anschliessend Wahlen, gestützt auf die neue Statutenbestimmung, vorzunehmen. Deren Gültigkeit hängt jedoch davon ab, dass die Änderung nachträglich in das Handelsregister eingetragen wird.

Sind mehrere Verwaltungsratsmitglieder zu wählen, so können die einzelnen Kandidaten in mehreren voneinander unabhängigen Wahlvorschlägen genannt sein; sie können auch in einer einheitlichen Wahlliste vorgeschlagen werden. In diesem Fall kann der Vorsitzende über die Gesamtliste in einem einheitlichen Wahlgang abstimmen lassen (Global-, Listenwahl), so dass die GV nur die gesamte Liste annehmen oder ablehnen kann. Zulässig ist jede Form der Abstimmung, welche das Ergebnis zweifelsfrei erkennen lässt. Diese Voraussetzung ist aber bei der Listenwahl erfüllt, denn bei Annahme der Liste steht fest, dass die GV alle in der Liste Vorgeschlagenen als Verwaltungsratsmitglieder wählt (bestätigt), während bei Ablehnung feststeht, dass die GV die Wahlliste nicht – oder wenigstens nicht in ihrer Gesamtheit – billigt[12]. Der Versammlungsleiter muss aber vor der Abstimmung die Aktionäre darauf hinweisen, dass diejenigen Teilnehmer, welche auch nur einem der auf der Gesamtliste Aufgeführten ihre

[9] Bürgi Art. 708 N. 37; vgl. auch Schucany Art. 708 N. 2.

[10] Bürgi Art. 708 N. 43.

[11] Obermüller/Werner/Winden S. 88; Jacobs BB *1958* 726; a. M. Eckardt § 101 N. 35.

[12] Obermüller/Werner/Winden S. 254. Die Zulässigkeit der Listenwahl ist umstritten; dafür Obermüller/Werner/Winden a. a. O., Obermüller DB *1969*, 2035; dagegen Eckardt § 101 N. 31; Barz § 101 N. 4; Meyer/Landrut § 101 N. 4.

Stimme nicht geben wollen, gegen die Liste in ihrer Gesamtheit stimmen müssen. Unter dieser Bedingung ist der Einwand nicht schlüssig, durch die Listenwahl werde die GV in ihrer Wahlfreiheit beschränkt, indem die Aktionäre eine vorgeschlagene Person nur wählen könnten, wenn sie zugleich eine (mehrere) andere wählten, wodurch sie an Wahlvorschläge gebunden würden[13]. Dies ist nur bei Annahme der Gesamtliste der Fall, womit die GV aber gerade ihr Einverständnis mit der Wahl aller Kandidaten ausdrückt und den Gegner überstimmt. Der Einzelaktionär kann daher sehr wohl nur einer Person seine Stimme geben, ohne damit auch andere zu wählen; dass er dazu (zunächst) gegen die Gesamtliste stimmen muss, tut nichts zur Sache, denn wenn er nicht überstimmt wird (der Antrag also abgelehnt wird), so kommt es zur Einzelwahl, in welcher der Aktionär für einzelne Personen stimmen kann, ohne zugleich andere wählen zu müssen. Wenn hingegen der Antrag angenommen wird, d.h. sämtliche Bewerber gewählt werden, so hat er sich diesem Entscheid zu fügen. Aus dem Gesagten ergibt sich aber, dass die Listenwahl nur dann anzuordnen ist, wenn Aussicht darauf besteht, dass sämtliche in der Liste aufgeführten Personen gewählt werden; da bei Ablehnung zur Einzelwahl geschritten werden muss, wird die erste Abstimmung überflüssig.

Gegen die Listenwahl wird auch angeführt[14], sie lasse die Stärke der Opposition gegen einzelne Kandidaten und damit den Willen der Minderheit nicht zum Ausdruck kommen. Das Gegenteil ist der Fall: Die Nein-Stimmen derjenigen Aktionäre, welche nur gegen jeweils einen einzelnen Bewerber sind, und die Stimmen derjenigen Aktionäre, welche gegen mehrere (alle) der Kandidaten sind, oder welche gegen das Verfahren der Globalwahl sind, *summieren* sich, so dass die Stärke der Opponenten sogar erhöht wird. Es kann sogar vorkommen, dass trotz der Ablehnung der Gesamtliste sämtliche auf der Gesamtliste Aufgeführten in der nachfolgenden Einzelabstimmung gewählt werden[15]. Die Stimme des Einzelaktionärs wird also keineswegs geschwächt, sondern durch den Effekt der Addierung der von verschiedenen Aktionären gegen verschiedene Kandidaten abgegebenen Stimmen wird die Gruppe der Nein-Stimmen sogar gestärkt. Wenn trotz dieser Begünstigung der Nein-Stimmen die Gesamtliste angenommen wird, so haben sich die Opponenten diesem Entscheid zu fügen; die Minderheit wird jedenfalls durch die Anwendung dieses Verfahrens nicht vergewaltigt. Auch verstösst dieses Verfahren nicht gegen den Grundsatz, dass alle abgegebenen Stimmen gleichmässig berücksichtigt und bewertet werden müssen[16].

[13] Eckardt a.a.O.
[14] Barz a.a.O.
[15] Barz selber § 119 N. 37; Obermüller/Werner/Winden a.a.O.
[16] So Barz § 101 N. 4.

Es trifft zu, dass nicht der Verwaltungsrat als Gesamtgremium, sondern die einzelnen Mitglieder gewählt werden[17]. Daraus kann aber nicht auf die Unzulässigkeit der Globalwahl geschlossen werden. Diese bleibt vielmehr die Wahl der einzelnen Mitglieder; dass dabei aus Gründen der Verfahrensökonomie mehrere Wahlvorschläge zugleich der GV zur Abstimmung unterbreitet werden, ändert nichts an diesem Umstand. Hingegen wäre natürlich unzulässig, die Verwaltung tatsächlich als Gremium wählen zu lassen, z. B. indem nur über den Antrag «Bestätigung der Verwaltung» abgestimmt wird, ohne den Versammlungsteilnehmern die Kandidaten genau zu bezeichnen, oder indem den Aktionären überhaupt nur die Wahl gelassen wird zwischen Annahme und Ablehnung der Gesamtliste, ohne dass bei Ablehnung Einzelabstimmungen durchgeführt würden.

Das Verfahren der Listenwahl ist somit nur zulässig, sofern den Aktionären vor der Abstimmung erklärt wird, für welche Personen sie stimmen, wenn sie die Gesamtliste annehmen; der Aktionär muss wissen, welche Personen auf der Liste aufgeführt sind. Auch darf Globalwahl nur dann angeordnet werden, wenn Aussicht darauf besteht, dass die Gesamtliste angenommen wird von der Mehrheit der Versammlung. In den meisten Fällen wird es daher dem Vorsitzenden erlaubt sein, den Verwaltungsantrag auf Gesamtwiederwahl vorweg zu nehmen, da bei ihm am ehesten damit gerechnet werden kann, dass er die Zustimmung der GV finden wird[18]. Der Einzelaktionär hat also kein Recht darauf, dass über seinen Vorschlag zuerst abgestimmt werde, obwohl durch die Annahme der Gesamtliste sein Wahlvorschlag dahinfällt (stillschweigend abgelehnt ist)[19], wodurch sein Antrag «nach mathematischer Wahrscheinlichkeitsrechnung praktisch» benachteiligt wird[20]; dies trifft für sämtliche Abstimmungen zu, nicht nur für Wahlen.

Es können auch mehrere Gesamtlisten (mit z. T. denselben Kandidaten) zur Wahl gestellt werden, da sich das Vorschlagsrecht des Aktionärs nicht auf Einzelvorschläge beschränkt; auch dieses Verfahren verstösst nicht gegen den gesetzlichen Grundsatz der Wahl von Einzelpersönlichkeiten[21]. Im übrigen *soll* Listenwahl immer dann angeordnet werden, wenn die Anzahl der Bewerber die Anzahl der freien Verwaltungsratssitze nicht übersteigt. Übersteigt die Zahl der Kandidaten die Zahl der zu besetzenden Sitze, so ist mit Vorteil die Simultanwahl anzuwenden; bei ihr kreuzt der Wähler auf einer Liste soviele Kandidaten an (oder weniger), wie zu wählen sind, oder er schreibt deren Namen auf einen Wahlzettel. Bei der Simultanwahl handelt es sich aber um eine Einzelwahl, ob-

[17] Art. 708 Abs. 1; anders Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2; vgl. SAG *25* 199.
[18] S. 83 mit Anm. 20.
[19] Anders § 137 AktG, wonach über einen Wahlvorschlag des Aktionärs zuerst abzustimmen ist, wenn eine qualifizierte Minderheit es verlangt.
[20] So Barz § 101 N. 4.
[21] A. M. Barz § 101 N. 4 am Ende.

wohl die Kandidaten in einer einheitlichen Liste aufgeführt sind; denn der Wähler kann seiner Opposition gegen bestimmte Kandidaten unmittelbar Ausdruck geben (durch Streichung bzw. Nichtaufnehmen in seine Liste). Bei einer gleichzeitigen Abstimmung über mehrere Wahlvorschläge kommt eine Wahl nur dann zustande, wenn auf einen der Vorschläge die absolute Mehrheit der vertretenen Stimmen entfällt (Art. 703). Anders verhält es sich nur, wenn nach den Statuten die relative Mehrheit (der vertretenen oder der abgegebenen Stimmen) ausreichend ist, was durchaus zulässig ist[22]. Bei der Simultanwahl ist kumulieren nicht erlaubt, denn trotz der gleichzeitigen Abstimmung über verschiedene Wahlvorschläge steht immer der Einzelantrag (Wahl eines einzelnen Kandidaten) zur Abstimmung, so dass der Wähler nur ein einziges Mal seine Meinung zu einem bestimmten Wahlvorschlag äussern kann. Die Statuten (nicht aber der Versammlungsleiter) können jedoch den Aktionären das mehrmalige Aufführen eines Bewerbers erlauben, um Minderheiten eine Vertretung im Verwaltungsrat zu ermöglichen[23]. Um den Minderheiten eine noch weitergehende Vertretung zu sichern, können die Statuten Verhältniswahl vorschreiben. Gleichzeitig müssen sie aber auch bestimmen, welche Aktionärsgruppen ein Recht darauf haben, eine ihrer Grösse entsprechende Vertretung im Verwaltungsrat zu besitzen. Es können dies die Aktionärsgruppen mit verschiedener Rechtsstellung sein (Art. 708 Abs. 4), wodurch deren gesetzlicher Schutz erhöht wird, es können aber auch gewöhnliche Minderheiten berücksichtigt werden, welche zwar dieselbe rechtliche Stellung, aber andere wirtschaftliche oder persönliche Interessen als die Mehrheitsaktionäre haben, wobei meist die zur Konstituierung einer Minderheit notwendige Zahl der Aktien oder Aktionäre festgelegt wird[24]. Die Anwendung des Proporzwahlverfahrens setzt voraus, dass die einzelnen Aktionärsgruppen Wahllisten erstellen, welche der GV bekanntgegeben werden müssen. Die Aktionäre sind sodann zu belehren, dass sie durch ganzes oder teilweises Ausfüllen des leeren Stimmzettels mit Namen von Vorgeschlagenen, welche auf irgendeiner der bekanntgegebenen Listen stehen, ihr Stimmrecht ausüben können. Auch müssen sie darauf hingewiesen werden, dass sie nicht nur für bestimmte Kandidaten, sondern zugleich für bestimmte Aktionärsgruppen stimmen können. Das Verfahren der Verhältniswahl erfordert also keine komplizierten Vorarbeiten[25]; insbesondere brauchen die Wahllisten nicht gedruckt vorgelegt zu werden. Hingegen gestaltet sich das Verfahren zur Ermittlung des Ergebnisses ziemlich schwierig[26], indem zuerst die auf die ein-

[22] S. 92 mit Anm. 49.
[23] Vgl. dazu ausführlich SCHUCANY SAG *31* 130ff.
[24] SCHUCANY Art. 708 N. 5; BÜRGI Art. 708 N. 63f.
[25] So SCHUCANY SAG *31* 129.
[26] Vgl. dazu das Bundesgesetz über die Verteilung der Abgeordneten des Nationalrates unter die Kantone vom 8. März 1963, Art. 15ff.

zelnen Gruppen entfallenden Stimmen (Parteistimmen) ermittelt werden, wodurch sich die Anzahl der Vertreter ergibt, die die einzelnen Aktionärsgruppen zu stellen berechtigt sind. Die Kandidatenstimmen werden erst später berücksichtigt, um zu bestimmen, welche der Kandidaten innerhalb der Gruppen gewählt sind.

Neben den erwähnten Wahlverfahren können natürlich auch eigentliche Einzelabstimmungen durchgeführt werden, indem der GV immer nur Anträge auf Wahl einer einzelnen Person zur Abstimmung vorgelegt werden, solange, bis die Zahl der Gewählten die Zahl der zu besetzenden Verwaltungsratssitze erreicht. In vielen Fällen ist dieses Verfahren aber unnötig zeitraubend, indem zumindest diejenigen Vorschläge, die voraussichtlich unbestritten sind, gesamthaft zur Wahl gestellt werden sollen, um zu vermeiden, dass unnötig oft abgestimmt wird.

Bei der Wahl muss das Recht von Aktionärsgruppen mit verschiedener Rechtsstellung auf wenigstens einen Vertreter (Art. 708 Abs. 4) und ggf. das Abordnungsrecht von an der Gesellschaft beteiligten Körperschaften des öffentlichen Rechts (Art. 762 Abs. 1) berücksichtigt werden, wodurch die GV in ihrer Wahlfreiheit eingeschränkt wird.

Die Wahl der Mitglieder der Kontrollstelle gehorcht denselben Regeln. In der Praxis ist üblich, die Wahl der Kontrollstelle im Anschluss an die Wahl der Verwaltung durchzuführen. Die Wahl der Verwaltung und der Kontrollstelle kann in einem Beschluss zusammengefasst werden. Durch Anordnung einer einzigen Globalabstimmung verletzt der Versammlungsleiter das Gesetz nicht[27].

c) Die Abnahme der Gewinn- und Verlustrechnung, der Bilanz und des Geschäftsberichts, sowie die Beschlussfassung über die Verwendung des Reingewinns, insbesondere die Festsetzung der Dividende und des Gewinnanteils der Verwaltung (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 3). Die Beschlussfassung über die Bilanz, die Genehmigung des Geschäftsberichts und die Verfügung über das Jahresergebnis stellen die Haupttraktanden jeder ordentlichen GV dar[28]. Ihre Behandlung nimmt in der Regel am meisten Zeit in Anspruch. Sie werden meist als erste Traktanden der Tagesordnung aufgeführt; jedenfalls müssen sie vor der Beschlussfassung über die Entlastung behandelt werden, deren Grundlage sie bilden. Voraussetzung für jeden gültigen Beschluss über Bilanz und Geschäftsbericht ist das Vorliegen des gesetzlich vorgeschriebenen Berichts der Kontroll-

[27] Obermüller/Werner/Winden S. 223; a. M. Barz § 120 N. 16, Baumbach/Hueck § 120 N. 4 (alle betr. Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat in einem Beschluss).

[28] von Steiger S. 201; Bürgi Art. 698 N. 46.

stelle (Art. 729) und des schriftlichen Geschäftsberichts der Verwaltung (Art. 696 Abs. 1).

Die Abstimmungen über Abnahme von Bilanz, Gewinn- und Verlustrechnung und über die Verwendung des Reingewinns müssen grundsätzlich *gesondert* erfolgen[29]. Ein Beschluss über die Gewinnverteilung ist erst nach Abnahme von Bilanz und Rechnung möglich. Eine gesonderte Abstimmung für die Genehmigung des Geschäftsberichts ist zwar richtig, aber nicht unbedingt notwendig[30]. Über Abnahme von Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung (welche sich aus jener ersehen lassen), kann in einer Abstimmung beschlossen werden.

Obwohl die GV in den meisten Fällen Bilanz und Geschäftsbericht in der Fassung genehmigt, wie sie die Verwaltung vorlegt, so hat sie nichtsdestoweniger das Recht, diese Vorschläge der Verwaltung abzuändern; aus dem Wort «Abnahme» kann keinesfalls geschlossen werden, dass die GV die Rechnungen und den Bericht nur (unverändert) genehmigen oder ablehnen könnte[31]. Wenn die GV die Vorschläge der Verwaltung abändern kann, so müssen ihre Beschlüsse nicht weniger durch die Ankündigung in der Traktandenliste gedeckt sein. Die GV ist überdies in ihren Beschlüssen an Gesetz und Statuten gebunden (Art. 671 und 677 für Beschluss über Verwendung des Reingewinns, gesetzliche Bilanzierungsvorschriften usw.). Nur in diesen Grenzen kann die GV daher die Vorschläge der Verwaltung (mit Vorbehalten) genehmigen, sie zur Vornahme bestimmter Änderungen an die Verwaltung zurückweisen oder sie schlechthin ablehnen, wodurch die Verwaltung gezwungen wird, neue Vorschläge auszuarbeiten[32].

Die Behandlung der Traktanden des Art. 698 Abs. 2 Ziff. 3 bietet den Aktionären die beste Gelegenheit, ihr Recht auf Auskunft auszuüben.

d) Die Entlastung der Verwaltung (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4). Die Entlastung hat durch einen besonderen, von der Annahme der Bilanz und des Geschäftsberichts und von der Gewinnverteilung unabhängigen Beschluss zu erfolgen[33]; Abnahme der Jahresrechnung und Entlastung müssen scharf voneinander unterschieden werden. Eine allgemeingültige Vermutung, dass eine vorbehaltlose Genehmigung des Jahresabschlusses die Entlastung mitbeinhalte, kann nicht aufgestellt werden[34]. Der Versammlungsleiter ist daher *verpflichtet,* über die

[29] Bürgi Art. 698 N. 62; nach den allgemeinen Regeln (S. 98) ist zwar die Zusammenfassung verschiedener Anträge (auch aus verschiedenen Gebieten) nicht ausgeschlossen, aber möglichst zu vermeiden.

[30] Bürgi Art. 698 N. 64.

[31] von Steiger S. 201.

[32] Bürgi Art. 698 N. 52.

[33] Bürgi Art. 698 N. 73; Funk Art. 698 N. 8; W. von Steiger Art. 810 N. 13; Schucany Art. 695 N. 1.

[34] BGE *78* II 156; Thilo SAG *25* 48.

Entlastung gesondert abstimmen zu lassen. Einzig wenn die Erteilung der Entlastung voraussichtlich unbestritten ist, kann er über Billigung von Geschäftsbericht und Bilanz und über Entlastung in einem einzigen Beschluss entscheiden lassen. Aus BGE *78* II 156 kann nichts Gegenteiliges entnommen werden, denn auch wenn mehrere Anträge in einer Abstimmung zusammengefasst werden, wird über jeden der Vorschläge ausdrücklich abgestimmt. Wenn ein Aktionär, der unter das Stimmverbot des Art. 695 fällt, widerspricht, so muss jedoch getrennt abgestimmt werden, denn dieser braucht es nicht zu dulden, dass er bei anderen Beschlüssen als der Entlastung sein Stimmrecht nicht ausüben kann.

Falls über die Entlastung getrennt abgestimmt wird, so hat diese Abstimmung in jedem Fall nach der Abnahme der Rechnung und des Geschäftsberichts zu erfolgen [35], da die Beratung über diese Traktanden die Grundlage der Erteilung oder Verweigerung der Entlastung bildet.

Die Entlastung betrifft das Verhältnis des einzelnen Mitglieds des Organs zu der Gesellschaft, nicht das Verhältnis des Organs zur AG; daraus kann keinesfalls geschlossen werden, dass nur die Einzelentlastung (Entlastung des einzelnen Mitglieds in einer besonderen Abstimmung) zulässig sei [36]. Auch bei zusammengefassten Anträgen steht immer der einzelne Antrag zur Abstimmung. Möglich sind deshalb Gesamtentlastung, Gesamtentlastung mit Ausnahme Einzelner, Entlastung nach Gruppen und Einzelentlastung; den Statuten steht es offen, eine dieser Möglichkeiten vorzuschreiben. Denkbar ist eine Statutenbestimmung, wonach eine bestimmte Minderheit Einzelabstimmung aller oder eines der Mitglieder verlangen kann [37]. In den andern Fällen hat der Einzelaktionär (oder eine Minderheit) keinen Anspruch auf eine bestimmte Art der Dechargeabstimmung. Meist wird jede statutarische Bestimmung fehlen. In diesem Fall ist es Sache des Versammlungsleiters, die Abstimmungsart festzulegen; er (und nicht die GV) ist also grundsätzlich zuständig, um Global- oder Einzelentlastung anzuordnen. Er darf dabei nicht willkürlich vorgehen und muss nach den Regeln von Treu und Glauben handeln; er darf also z. B. nicht nach seinem Gutdünken eines der Mitglieder von der Globalentlastung ausnehmen.

Wenn in der Gesellschaft keine diesbezügliche Übung besteht, kann der Vorsitzende Global- oder Einzelentlastung anordnen; es kann nicht eine der beiden Formen als die übliche anerkannt werden [38]. Einzig wenn aus der Beratung hervorgeht, dass die Entlastung sämtlicher Mitglieder unbestritten ist, soll Gesamtentlastung angeordnet werden [39]. Unter normalen Umständen darf aber *nur*

[35] Bürgi Art. 698 N. 70; Barz § 120 N. 15; Schucany Art. 698 N. 7.
[36] Eigenmann SAG *25* 199.
[37] So zwingend § 120,1 2. Satz AktG.
[38] Siegert S. 22 f.
[39] Bürgi Art. 698 N. 91.

Einzel- oder Gesamtentlastung angeordnet werden. Es geht nicht an, dass der Vorsitzende einzelne Mitglieder von der Gesamtentlastung ausnimmt. Sogar wenn aus der Diskussion ersichtlich ist, dass die Dechargeerteilung nur gegenüber einzelnen Verwaltungsräten umstritten ist, soll im Zweifel separate Entlastung aller Mitglieder angeordnet werden. Nur in den Fällen, da offensichtlich ist, dass nur gewisse der Mitglieder (schwere) Verfehlungen begangen haben, kann der Vorsitzende Gesamtentlastung anordnen, die betreffenden Mitglieder aber davon ausnehmen und über ihre Entlastung gesondert abstimmen lassen; anderseits kann er auch Einzelentlastung anordnen, über die Decharge derjenigen Mitglieder, deren Entlastung unbestritten erscheint, aber gesamthaft abstimmen lassen. Dies kann dann geboten sein, wenn sich einzelne der Mitglieder von einem Verwaltungsratsbeschluss distanziert haben, welcher sich nachträglich als für die Gesellschaft schädlich erweist[40], oder immer dann, wenn Umstände vorliegen, die eine verschiedene Stellungnahme rechtfertigen[41]. Der Dechargebeschluss wird jedoch nicht ungültig (anfechtbar) dadurch, dass der Versammlungsleiter diese Regeln nicht beachtet. Lässt er z. B. ohne wichtigen Grund über die Entlastung eines Mitglieds separat abstimmen und wird diesem die Entlastung verweigert, so ist dieser Beschluss vollauf gültig. Der Vorsitzende kann aber für den aus der Verweigerung entstehenden Schaden (Gerichtskosten der Klage auf Entlastung) verantwortlich gemacht werden, wenn die Verweigerung der Entlastung auf seine willkürliche Anordnung zurückzuführen ist.

Der Entlastungsbeschluss muss nicht ausdrücklich das Wort «Entlastung» enthalten; es genügt jede Formulierung, die zum Ausdruck bringt, dass man die Tätigkeit der Verwaltung billige, mit ihr einverstanden sei, Vertrauen in sie habe und dergleichen. Inhalt des zur Entlastung ergehenden Beschlusses kann auch eine Vertagung sein; dies kann sich bei einer Vertagung des vorangehenden Beschlusses nach Art. 698 Abs. 2 Ziff. 3 aufdrängen[42].

Der Entlastungsbeschluss bedarf der gewöhnlichen Mehrheit des Art. 703, soweit die Statuten nicht eine grössere Mehrheit oder sonstige Erfordernisse bestimmen. Diejenigen Stimmen, die nach Art. 695 vom Stimmrecht ausgeschlossen sind, sind nicht «vertreten»[43]. Fraglich ist, ob bei Einzelentscheidung und Entscheidung nach Gruppen die übrigen Verwaltungsratsmitglieder mitstimmen dürfen. Die Mehrheit der Lehre scheint dies nicht zuzulassen, oder zumindest nur unter der Bedingung, dass die übrigen Mitglieder gänzlich unbeteiligt und nicht etwa als Gesamtschuldner betroffen seien[44]. Wird über die Entla-

[40] BÜRGI Art. 698 N. 90; diese klare Trennung der Aufgabenbereiche kann sich auch aus den Statuten ergeben.
[41] BARZ § 120 N. 18 (betr. AktG 1937).
[42] OBERMÜLLER/WERNER/WINDEN S. 228 f.
[43] S. 91 mit Anm. 45.
[44] Vgl. dazu SIEGERT S. 25 ff.

stung der Verwaltung und der Kontrollstelle abgestimmt[45], so können jedenfalls bei Entlastung des Verwaltungsrats die Mitglieder der Kontrollstelle und bei Entlastung der Kontrollstelle die Mitglieder des Verwaltungsrates mitstimmen. Soweit beiden Organen Entlastung erteilt (bzw. verweigert) wird, soll daher über die Entlastung des Verwaltungsrates oder der Kontrollstelle in je einem Beschluss abgestimmt werden; durch die Anordnung einer einzigen Globalabstimmung verletzt der Versammlungsleiter zwar das Gesetz nicht[46], aber auf Widerspruch einer dem einen oder andern Organ angehörigen Person muss in zwei getrennten Abstimmungen entschieden werden, da niemand gezwungen werden kann, vom Stimmrecht in noch anderen Beschlüssen ausgeschlossen zu werden als in demjenigen über seine eigene Entlastung.

Der Ausschluss betrifft nur das Stimmrecht. Der Entlastungsempfänger behält sein Recht auf sonstige Teilnahme, namentlich sein Recht auf Meinungsäusserung und sein Antragsrecht[47]. Er kann sich daher im Rahmen seines Rechts auf Meinungsäusserung gegen eventuelle Anschuldigungen verteidigen. Der Beschluss über Erteilung oder Verweigerung der Entlastung ist wie jeder andere GV-Beschluss anfechtbar, wenn er gegen Gesetz oder Statuten verstösst. Ausserdem untersteht der Beschluss den allgemeinen Regeln der Art. 23 ff; wie SIEGERT[48] zu Recht bemerkt, ist die Berufung auf Irrtum zwar nicht ausgeschlossen, aber in den meisten Fällen überflüssig, da Vorfälle, über welche sich die GV im Irrtum befand, von der Decharge sowieso nicht gedeckt werden. Es ist daher unnötig kompliziert, den Irrtum auf dem Weg der Berufung auf Art. 23 ff geltend zu machen. Hingegen können auf diese Weise und nach den allgemeinen Regeln weiterhin sonstige Willensmängel der GV geltend gemacht werden.

8. Schliessung der Versammlung

Nach der Erledigung der Tagesordnung hat der Vorsitzende die Versammlung zu schliessen. Zur vorzeitigen Schliessung (vor Erschöpfung der Tagesordnung) ist er nicht befugt. Erklärt er dennoch die Versammlung für geschlossen, so ist damit die GV grundsätzlich wirksam beendigt[1], denn jeder Aktionär muss sich darauf verlassen können, dass nun keine Beschlüsse mehr gefasst werden und soll sich im Vertrauen darauf entfernen können. Durch einstimmigen Beschluss aller bisher Anwesenden kann aber Fortsetzung der Versammlung be-

[45] Dazu BARBEY S. 189 ff; SIEGERT S. 18.
[46] Vgl. Anm. 27.
[47] MOSER S. 64; ZINKE S. 15; LANDOLT S. 108; vgl. vorn S. 73 mit Anm. 8.
[48] SIEGERT S. 112 f.
[1] GODIN/WILHELMI § 119 N. 23; BARZ § 119 N. 43 und zit. Entscheid.

schlossen werden, denn dadurch wird die Gefahr vermieden, dass Beschlüsse ohne Mitwirkung von Aktionären gefasst werden, welche sich im Vertrauen auf eine wirksame Beendigung entfernt haben. Wenn der Vorsitzende die Versammlung offenbar willkürlich geschlossen hat, so genügt die Mehrheit der Aktionäre, um eine Fortsetzung zu beschliessen; denn die offensichtlich willkürliche Schliessung gegen den offensichtlichen Willen der Mehrheit kommt einer Amtsniederlegung des Versammlungsleiters gleich[2]. Der Vorsitzende darf also in keinem Fall die GV vor der vollständigen Erledigung der Traktandenliste schliessen. Hingegen kann die GV jederzeit mit einfacher Mehrheit Selbstvertagung beschliessen, gleich wie sie nur einzelne Traktanden absetzen kann. Die vorzeitige Schliessung obliegt also der GV. Eine neue Versammlung (zur Behandlung der nicht erledigten Traktanden) kann nicht etwa von der Mehrheit anberaumt werden, sondern bedarf einer ordnungsgemässen Einberufung[3].

Von der Schliessung der Versammlung muss die blosse Unterbrechung unterschieden werden; diese bewirkt nicht die Beendigung der GV. Die Unterbrechung wird vom Versammlungsleiter angeordnet. Die Unterbrechung der Versammlung macht keine neue Einberufung und Ankündigung erforderlich; sie gestattet auch keine Änderung der Tagesordnung[4]. Eine Unterbrechung liegt nur dann vor, wenn die Versammlung spätestens am nächsten Werktag fortgesetzt wird[5]; es kann nicht eine beliebig lange Unterbrechung angeordnet werden.

[2] BGH *44* 250; vgl. die Autoren in Anm. 1.
[3] S. 10 mit Anm. 5.
[4] Barz § 124 N. 13.
[5] Barz a. a. O.; Schlegelberger/Quassowski § 108 N. 5; Schett S. 53. Hensel (S. 98) meint, diese Regelung könne nicht auf das Schweizer Recht übertragen werden.

1. Der Beschluss und seine Anfechtung

a) Beschluss und Einzelstimme. Beschluss und Einzelstimme müssen scharf auseinandergehalten werden. Der Beschluss beruht zwar auf den Willenserklärungen der Einzelaktionäre; nichtsdestoweniger ist er losgelöst von ihnen, wenn er einmal gefasst ist. Der Gesellschaftswille ist also nicht einfach die Summe der Einzelwillen [1]. Die Einzelstimmen vermögen den Gesellschaftswillen zu bilden, sind aber bloss Verfahren und haben keine materielle Bedeutung.

Die Stimmabgabe ist Rechtshandlung; sie stellt eine auf einen Rechtserfolg gerichtete, empfangsbedürftige Willenserklärung dar. Trotz der mangelnden Kausalität zwischen Einzelstimme und Beschluss ist also die Einzelstimme rechtlich erheblich. Auf sie sind die allgemeinen Bestimmungen über die Willenserklärungen anzuwenden [2]. So setzt die Stimmabgabe die Handlungsfähigkeit des Gesellschafters und ggf. die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters voraus; die Stimmabgabe kann nichtig sein im Sinne des Art. 20; vor allem sind die Bestimmungen über die Willensmängel auf die Einzelstimme anwendbar. Die Anfechtung und die Feststellung der Nichtigkeit der Einzelstimme hat (zunächst) nur zur Folge, dass die Stimme ungültig erklärt wird. Die Gültigkeit des GV-Beschlusses wird dadurch nicht berührt, dazu ist vielmehr eine ordentliche Anfechtungsklage notwendig. Der Aktionär kann aber auch an der Aufhebung nur seiner Stimme ein Interesse haben, um nicht für eventuelle Folgen seiner Stimmabgabe einstehen zu müssen (etwa, wenn seine Stimmabgabe Bruch eines Stimmbindungsvertrages bedeutete). Aus demselben Grund muss angenommen werden, dass der Aktionär seine Stimmabgabe anfechten kann, auch wenn die Anfechtung des Beschlusses (z. B. wegen Verjährung) ausgeschlossen ist [3].

Die Berufung auf Willensmängel kann nicht positive Folgen haben und dazu führen, dass die angefochtene Stimme nun auf der Gegenseite mitgezählt werde, wodurch der GV-Beschluss ohne Anfechtung umgestürzt werden könnte [4]. Eine gerichtliche Anfechtung wegen Willensmängeln als reine Feststellungsklage kann damit nie die Funktion der ordentlichen Anfechtungsklage erfüllen, welche einen (vorläufig) wirksamen GV-Beschluss rechtsgestaltend aufheben soll. Die Berufung auf Willensmängel kann jedoch Grundlage für eine Anfechtungs-

[1] Feldmann S. 23 mit Anm. 9; SAG *14* 130.

[2] Feldmann S. 31 ff; BGE *51* II 70; *65* II 15 f; Bürgi Art. 692 N. 6. Patry (La société anonyme, S. 209 f) ist der Ansicht, die Stimmabgabe sei keine Willenserklärung.

[3] Feldmann S. 98 ff; Godin/Wilhelmi § 119 N. 10.

[4] Feldmann S. 107; RG *115* 385; Godin/Wilhelmi a. a. O.

klage sein; wenn der Aktionär nachzuweisen vermag, dass seine Stimmabgabe infolge Willensmangels ungültig ist, so kann er durch diesen Nachweis den Beschluss zu Fall bringen, indem er in einem ordentlichen Anfechtungsprozess und gestützt auf die Ungültigkeit seiner Stimmabgabe geltend macht, dass der Beschluss in Wirklichkeit nicht auf der gesetz- oder statutenmässigen Mehrheit beruhe und daher gesetz- oder statutenwidrig sei (Art. 706). Dazu ist aber notwendig, dass durch die Berufung auf den Willensmangel die erforderliche Mehrheit zerstört werde, dass m.a.W. die Stimme des anfechtenden Aktionär das Abstimmungsergebnis ausschlaggebend beeinflusst habe[5]. Erst dann liegt die erforderliche Gesetz- oder Statutenwidrigkeit vor.

Während die Einzelstimme innerhalb der Einjahresfrist des Art. 31 angefochten werden kann, so kann der Beschluss selber nur innerhalb der Frist des Art. 706 Abs. 4 angefochten werden[6], unabhängig davon, ob sich der Anfechtende auf eine Verletzung der statutarischen oder gesetzlichen Bestimmungen über die Stimmenmehrheit – zufolge Ungültigkeit seiner Stimmabgabe – berufe oder auf die Verletzung einer sonstigen statutarischen oder gesetzlichen Vorschrift. Dasselbe gilt allerdings nicht für Willensmängel, die die GV selber betreffen.

b) Rechtsnatur der Beschlüsse. Beschlüsse sind im Wege der Abstimmung zustandegekommene Willensäusserungen der GV. Vom Vertrag unterscheiden sie sich dadurch, dass sie nicht durch gegenseitige übereinstimmende Willenserklärungen der Beteiligten zustandekommen, sondern durch deren Stimmabgabe zuhanden der Gemeinschaft. Der Gegenstand und das Ergebnis der Abstimmung ist unerheblich für das Vorliegen eines Beschlusses. Insbesondere sind auch Ablehnung eines Antrags und Erledigung von Geschäftsordnungsfragen nur auf dem Weg der Beschlussfassung möglich.

Die Rechtsnatur des Beschlusses ist umstritten[7]. Jedenfalls handelt es sich um ein (einseitiges oder mehrseitiges) Rechtsgeschäft[8].

Wichtiger als die Frage nach der Rechtsnatur des Beschlusses ist diejenige, ob auf den Beschluss die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts anwendbar sind. Nach Art. 7 ZGB finden die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts über die Entstehung, Erfüllung und Aufhebung der Verträge auch Anwendung auf andere zivilrechtliche Verhältnisse; da der Beschluss

[5] Feldmann S. 99; Böckli S. 25f; Bürgi Art. 692 N. 7; Patry, La société anonyme, S. 210.

[6] Böckli a.a.O.; falsch Feldmann S. 115, der die Einjahresfrist auch auf den Beschluss selber anwenden will.

[7] Vgl. dazu Feldmann S. 18ff (die verschiedenen Auffassungen sind: kein Rechtsgeschäft, einseitiges, mehrseitiges Rechtsgeschäft).

[8] Feldmann S. 22f; Schett S. 96.

rechtsgeschäftlichen Charakter hat, sind diese Regeln auf ihn anwendbar[9], sofern nicht die Eigenart des Beschlusses dies ausschliesst. So sind vor allem die Bestimmungen über die Willensmängel auf den GV-Beschluss anzuwenden, wobei aber unterschieden werden muss von der Berufung auf Willensmängel bei der Einzelstimme. Während dort die Stimmabgabe (mehrerer) Einzelaktionäre mangelbehaftet ist, so ist hier die GV als Organ Opfer des Willensmangels; dass die Stimmabgabe *sämtlicher* Aktionäre mangelbehaftet sei, ist allerdings nicht notwendig. Immer aber unterliegt die Versammlung als solche dem Willensmangel; bei den von Feldmann[10] aufgezählten Fällen handelt es sich vielmehr um «Willensmängel» des Vorsitzenden bei der Verkündung (also um unrichtige Verkündung) als um wirkliche Willensmängel der Gesellschaft. Wenn sich z. B. der Vorsitzende im Irrtum über das Ergebnis der Abstimmung befindet und daher ein unrichtiges Ergebnis verkündet, so hat dies in bezug auf die Willenserklärung der Gesellschaft einzig zur Folge, dass diese (vorläufig) unrichtig verkündet ist. Ein Willensmangel der Gesellschaft liegt nicht vor, denn Irrtum besteht darin, dass ein und dieselbe Person (die GV, nicht der Versammlungsleiter) etwas erklärt, was sie nicht will. Ein Irrtum der Gesellschaft liegt etwa vor, wenn die Versammlung infolge einer falschen Belehrung durch den Vorsitzenden im Irrtum über den Gegenstand der Abstimmung ihren (zwar richtig verkündeten) Willen erklärt. Eine Täuschung liegt vor, wenn beim gleichen Tatbestand der Vorsitzende die GV absichtlich falsch belehrt. Auch eine Beschlussfassung unter Drohung kann vorkommen, indem z. B. ein Erpresser oder ein Terrorist von der GV unter Gewaltandrohung fordert, dass ein bestimmter Beschluss gefasst werde. Die Drohung braucht sich – wie bei natürlichen Personen – nicht gegen die Gesellschaft (die GV) als solche zu richten; die Bedrohung einer dem Verband nahestehenden Person (dessen Präsident) ist ausreichend, denn «das Verhältnis des Verbandes, als juristischer Person, zu seinem Präsidenten ist gleichzustellen dem Verhältnis zweier sich nahestehender natürlicher Personen»[11].

Die Unterschiede im Vorgang der Willensbildung zwischen der juristischen und der natürlichen Person rechtfertigen also keine unterschiedliche Behandlung ihrer Willenserklärungen (Realitätstheorie).

c) Arten von Beschlüssen. Der Gegenstand der Abstimmung ist für das Vorliegen eines Beschlusses unerheblich; es gibt inhaltlich völlig verschiedenartige Be-

[9] BGE *51* II 70; *49* II 157; FELDMANN S. 25 f; W. VON STEIGER S. 260 f.

[10] FELDMANN S. 91 ff.

[11] BGE *76* II 369; es fragt sich, ob bei diesem Entscheid nicht Irrtum des Verbands vorlag, da sich zwar die Bedrohung nicht gegen denjenigen richten muss, der die Willenserklärung abgibt, ihm aber zumindest bekannt sein muss (ROSSET A propos de la formation de la volonté de la SA S. 183).

schlüsse. Bei gewissen Beschlüssen wird für die Rechtswirkung eine Mitwirkung von Dritten verlangt, während in andern Fällen die Rechtswirkung durch den Beschluss einseitig erzeugt werden kann [12]. Sogar Abstimmungen über Anträge, die keine Rechtswirkung hervorrufen, sondern nur die Meinung der GV zum Ausdruck bringen oder einen Wunsch äussern wollen, führen zu Beschlüsse; die GV kann ihren Willen nicht anders als in Beschlüssen ausdrücken. Die einseitig wirksamen Beschlüsse können ihrerseits beruhen auf den bestehenden Rechtsverhältnissen unter den Gesellschaftern oder zwischen Gesellschaft und Organen (abhängige Beschlüsse), sie können aber auch diese Rechtsverhältnisse selbst zum Gegenstand haben, indem diese Beschlüsse darauf abzielen, die Beziehungen der Gesellschafter untereinander oder zu den Organen zu gestalten oder für einzelne Personen zu begründen oder aufzuheben (Strukturbeschlüsse) [12].

Wahlen sind nichts anderes als Beschlüsse, welche durch ihren besonderen Gegenstand, nämlich die Übertragung eines Mandates, gekennzeichnet sind [13] (personelle statt sachliche Beschlüsse); sie sind grundsätzlich wie alle andern Beschlüsse zu behandeln.

Geschäftsordnungsbeschlüsse sind solche, in welchen die GV ihre Meinung über das zu beobachtende Verfahren ausdrückt; Geschäftsordnungsbeschlüsse können auch nur unverbindlich sein, dann nämlich, wenn sich der Versammlungsleiter der Zustimmung der GV versichern will, in einer Sache, in der er allein zuständig ist. In der Regel wird der Vorsitzende die Meinung der GV respektieren, selbst wenn er dazu nicht verpflichtet ist. Geschäftsordnungsbeschlüsse müssen, selbst wenn sie unverbindlich sind, zu den übrigen Beschlüssen eingeordnet werden, obschon es sich um Beschlüsse mit sehr eng begrenzter Wirksamkeit handelt [14]. Aus diesem Grund muss auch ihre Anfechtbarkeit grundsätzlich bejaht werden, wodurch aber nur der Geschäftsordnungsbeschluss selber umgestürzt wird und nicht auch der im Anschluss gefasste Sachbeschluss [15]. Deshalb wird das Interesse, den Geschäftsordnungsbeschluss umzustürzen, oft fehlen.

Wie der Gegenstand, so ist auch das Ergebnis der Abstimmung unerheblich für das Vorliegen eines Beschlusses. Der *negative* Beschluss (Ablehnung eines Antrags) ist genauso wie der positive (Zustimmung zu einem Antrag) Beschlussfassung im Rechtssinne; insbesondere können beide Beschlüsse angefochten werden. Sogar wenn ein Antrag zwar nicht ausdrücklich abgelehnt wird, aber doch – wegen vieler Stimmenthaltungen oder bei Stimmengleichheit – nicht an-

[12] Feldmann S. 41.
[13] Funk Art. 703 N. 1; Wydler S. 72; Landolt S. 157.
[14] So Feldmann S. 48; vgl. vorne S. 66 mit Anm. 35.
[15] S. 123.

genommen wird, liegt ein Beschluss vor; dieser hat wenigstens vorläufig dieselbe Wirkung wie ein ablehnender Beschluss.

Bedingte Beschlüsse sind solche, die nur unter der Bedingung, dass bestimmte Voraussetzungen (z. B. für den Abschluss eines Rechtsgeschäfts) erfüllt sind, in Kraft treten sollen.

d) Auslegung der Beschlüsse. Für die Auslegung der Beschlüsse gelten die gleichen Regeln wie für die Auslegung der Statuten; sie müssen daher in der Weise ausgelegt werden, wie ein Unbeteiligter sie auffasst [16]. Umstände, die sich nicht aus dem Beschluss selber ergeben, insbesondere Vorgänge an der GV, können nicht berücksichtigt werden – dies im Interesse der Rechtssicherheit. Ein neu der Gesellschaft beitretender Aktionär muss sich darauf verlassen können, dass seine Rechte und Pflichten als Mitglied in dem Umfang bestehen, wie für ihn aus den Statuten und den GV-Beschlüssen ersichtlich ist. Selbst wenn das Versammlungsprotokoll die Erwägungen und Verhandlungen wiedergibt, braucht das Protokoll dem Aussenstehenden nicht bekannt zu sein; er braucht sich deshalb auch nicht auf Vorgänge verweisen zu lassen, die sich aus diesem ergeben [17]. Sogar wenn dem Aussenstehenden die Vorgänge an der GV (zufällig) bekannt sind, sind sie für die Auslegung des Beschlusses unerheblich.

Aus demselben Grund soll der Beschluss nicht im Innenverhältnis verschieden ausgelegt werden als im Aussenverhältnis, d. h. gegenüber Aussenstehenden, welche keine Kenntnis von den Vorgängen an der GV haben [18]. Verschiedenartige Auslegungen beeinträchtigen die Rechtssicherheit; ausserdem gilt auch hier der Grundsatz, dass der Beschluss, wenn er einmal gefasst ist, unabhängig von den Vorgängen an der GV (Stimmabgaben und Voten der Aktionäre) ist [19]. Diese können also nicht zur Auslegung des Beschlusses herangezogen werden. Überdies ist zu berücksichtigen, dass bei der typischen AG die Aktionäre oft wechseln, so dass viele der jeweiligen Mitglieder nicht an der betreffenden GV teilgenommen haben dürften und von den Vorgängen an ihr keine Kenntnis haben.

e) Widerruf der Beschlüsse. Die Aktionäre, die an der GV teilnehmen, haben kein Recht darauf, dass die GV nicht auf einen schon erledigten Gegenstand der Tagesordnung zurückkomme; Aktionäre, die sich vorzeitig von der Versammlung entfernen, können sich nicht – wie bei der Schliessung der GV [20] – darauf verlassen, dass nach ihrem Weggang ein schon behandeltes Traktandum nicht

[16] BGE *57* II 522; JÄGGI/OBRECHT S. 403; BARZ § 119 N. 14; GODIN/WILHELMI § 119 N. 11.
[17] RGZ *108* 326; BARZ a. a. O.; GODIN/WILHELMI a. a. O.
[18] So aber GODIN/WILHELMI § 119 N. 11; richtig BARZ a. a. O.
[19] S. 110.
[20] S. 108.

von neuem aufgegriffen werde und ein anderslautender Beschluss gefasst werde als unter ihrer Mitwirkung. Die Aktionäre entfernen sich auf eigene Gefahr von der GV[21]. Die Wiederaufnahme eines Tagesordnungspunktes ist sogar ohne wichtigen Grund möglich; am häufigsten wird sie vorkommen, wenn die Diskussion zu einem weiteren Traktandum völlig neue Aspekte eröffnet, die die Beschlussfassung zu einem früheren Punkt in Frage stellen. Wenn der Aktionär kein Recht darauf hat, dass ein erledigter Punkt nicht nochmals aufgegriffen wird, so hat er anderseits kein Recht, dass auf sein Verlangen erneut auf einen erledigten Punkt eingetreten werde; insbesondere können Oppositionsgruppen nicht nach einer Abstimmungsniederlage eine erneute Beschlussfassung über denselben Punkt verlangen[22]. Der Versammlungsleiter kann aber einen neuen Beschluss fassen lassen, wenn Aussicht darauf besteht, dass eine erneute Abstimmung zu einem anderen Ergebnis führt und ein entsprechender Antrag aus dem Aktionärskreis vorliegt. Der Vorsitzende entscheidet über das Eintreten auf den Rückkommensantrag «nach pflichtgemässem Ermessen»[23]. Ausserdem können die Statuten dem Einzelaktionär oder einer qualifizierten Minderheit das Recht zugestehen, erneute Beschlussfassung über einen erledigten Punkt zu verlangen.

Im übrigen ist der neue Beschluss stets durch die angekündigte Tagesordnung gedeckt, denn der Aufhebungs-(Abänderungs-)beschluss hat denselben Gegenstand wie der aufgehobene Beschluss; mit der Annahme ist die Tagesordnung nicht erschöpft[24]. Einzig der Beschluss der Abberufung der Verwaltung bedarf besonderer Ankündigung, obwohl er nichts anderes ist als der Widerruf der Bestellung der Verwaltung; nur solange die Annahme durch den Gewählten nicht erfolgt ist, kann der Beschluss wie jeder andere widerrufen werden. Sonst aber ist die Abberufung der Verwaltung durch das Traktandum «Wahlen zum Verwaltungsrat» nicht gedeckt.

Der Widerruf des Beschlusses hat nur zur Folge, dass der betreffende Beschluss aufgehoben ist; auch die natürliche Person kann ihre Willenserklärung jederzeit zurücknehmen. Über die Zulässigkeit der Zurücknahme ist aber nichts ausgesagt; insbesondere kann die Gesellschaft unter Umständen für ihre frühere (aufgehobene) Willenserklärung verantwortlich gemacht werden. Sie kann z. B. schadenersatzpflichtig werden, wenn der Widerruf – der an sich gültig bleibt – einen Vertragsbruch zur Folge hat. Es muss m. a. W. zwischen der Aussen- und der Innenwirkung des Widerrufs unterschieden werden. Die Aussen-

[21] Obermüller/Werner/Winden S. 51; Barz § 124 N. 13; Godin/Wilhelmi § 119 N. 8 und § 124 N. 8 d.
[22] Barz § 119. N. 42.
[23] Zöllner § 119 N. 55; Schett S. 71.
[24] A. M. Ritter § 108 N. 2.

wirkung richtet sich nach dem OR und hängt davon ab, ob der aufgehobene Beschluss einem Dritten gegenüber schon Wirksamkeit erlangt hat[25]. Solange dies nicht der Fall ist, kann die GV ihren Beschluss jederzeit ungestraft widerrufen – an derselben oder an einer späteren GV. Wenn sich hingegen aufgrund des ersten Beschlusses schon die Änderung eines Rechtsverhältnisses vollzogen hat, so ist die Gesellschaft Dritten gegenüber an ihre erste (nicht mangelbehaftete) Willenserklärung gebunden und kann für die Folgen, die sich aus der Nichteinhaltung ihrer Willensäusserung ergeben, zur Verantwortung gezogen werden. Ist das Rechtsverhältnis ein Vertrag, so wird sie schadenersatzpflichtig wegen Nichterfüllung.

Der Beschluss kann sogar widerrufen werden, wenn er schon öffentlich beurkundet ist[26]. Der Widerruf hat aber in der Form des ersten Beschlusses zu erfolgen, bedarf also seinerseits der öffentlichen Beurkundung. Auch hier ist natürlich die Gesellschaft schadenersatzpflichtig gegenüber Dritten, die sich auf die erste Willenserklärung der AG verlassen haben.

Die Statuten können für die Beschlussfassung über den Widerruf strengere oder mildere Erfordernisse aufstellen als für den Beschluss, über dessen Aufhebung abgestimmt wird; dies kommt aber kaum je vor. In Ermangelung solcher Vorschriften muss der Widerruf in der Form des aufzuhebenden Beschlusses erfolgen. So stellt der Widerruf einer Statutenänderung seinerseits eine Beschlussfassung über eine Statutenänderung dar und bedarf daher der entsprechenden Stimmenmehrheit. Es ist unerheblich, in welchem Zeitpunkt der Widerruf erfolgt; insbesondere ist unrichtig, für Aufhebungsbeschlüsse rechtlich noch nicht wirksam gewordener Beschlüsse stets die einfache Mehrheit des Art. 703 als genügend anzunehmen[27]. Da beide Beschlüsse denselben Gegenstand haben, ist nicht einzusehen, warum nur der eine mit qualifizierter Mehrheit gefasst zu werden braucht. Eine derartige Regelung ist jedenfalls nicht zu vermuten, sondern bedarf einer ausdrücklichen statutarischen Bestimmung. Auch statutarisch ist nur eine Erschwerung (also z. B. das Erfordernis einer grösseren Stimmenmehrheit) des Widerrufs in bezug auf den ersten Beschluss sinnvoll, um auf diesem Weg die ständige Infragestellung der ordnungsgemäss gefassten Beschlüsse durch die unterlegene Aktionärsgruppe zu verhindern, indem diese auf einen Meinungsumschwung oder auf den vorzeitigen Weggang von Gegnern spekulieren kann.

Jeder Beschluss kann widerrufen werden; bei manchen Beschlüssen (etwa beim Auflösungsbeschluss[28]) können aber die Folgen nicht mehr rückgängig

[25] Barz § 119 N. 16; Feldmann S. 56.
[26] Barz § 119 N. 42.
[27] So Godin/Wilhelmi § 119 N. 8.
[28] Nach BGE *91* I 438 ist der Beschluss selber unwiderruflich; vgl. SAG *11* 68; von Steiger S. 329.

gemacht werden, so dass der Beschluss nur formell widerrufen werden kann, ohne dass dadurch seine Ausführung verhindert würde.

Vom Widerruf muss natürlich die Rücknahme eines Antrags durch den Initianten unterschieden werden [29].

f) Die Rechtswirkungen des Beschlusses. Der Beschluss kann nur interne Wirkung haben und die Rechtsverhältnisse unter den Mitgliedern oder zwischen der AG und ihren Organen oder Vertretern betreffen (z. B. Gewinnverteilungsbeschluss, Entlastungsbeschluss). Der Beschluss kann aber auch Rechtswirkungen ausserhalb der Gesellschaft haben oder wenigstens als Grundlage dazu dienen (externe Wirkung); er kann etwa einen Vertragsschluss zur Folge haben.

Beschlüsse mit interner Wirkung bedürfen keiner Ausführungshandlungen, um wirksam zu werden. Es stellt sich die Frage nach dem Zeitpunkt des Wirksamwerdens dieser Beschlüsse. Mit Ausnahme der Beschlüsse, die des Handelsregistereintrags bedürfen [30], genügt im internen Verhältnis die Verkündung, damit der Beschluss rechtswirksam wird; die Mitglieder der Gesellschaft werden also durch die Beschlüsse unmittelbar berechtigt und verpflichtet. Bei Widerruf des Beschlusses wird die AG den geschädigten Mitgliedern gegenüber schadenersatzpflichtig, allerdings nur im Umfang des durch den Widerruf entstandenen Schadens und nicht auch für den entgangenen Vorteil; wenn der Beschluss über die Gewinnverteilung widerrufen und eine kleinere Dividende beschlossen wird, so kann nicht die ursprünglich beschlossene Dividende verlangt werden [31]. Zudem können Beschlüsse dann ungestraft widerrufen werden, wenn der Widerruf an derselben Sitzung erfolgt wie die erste Beschlussfassung; vor Schliessung der Versammlung besteht kein Anspruch darauf, dass auf einen Beschluss nicht zurückgekommen werde [32].

Einem Dritten gegenüber werden die Beschlüsse erst wirksam, wenn «aufgrund des Beschlusses an ihn eine Willenserklärung als Ausführungshandlung ergangen ist» [33]. Diese Beschlüsse sind daher nicht schon mit der Verkündung rechtswirksam, sondern bedürfen ausführender Handlungen. Aus dem blossen Beschluss kann kein Aussenstehender Rechte herleiten.

g) Die Ausführung der Beschlüsse. Rechtsmässige Beschlüsse binden die Verwaltung. Sie ist verpflichtet, die GV-Beschlüsse auszuführen, selbst wenn sie

29 Undeutlich FELDMANN S. 56.
30 BGE *84* II 38 ff; vgl. vorne S. 98 mit Anm. 4.
31 FELDMANN S. 71 Anm. 4.
32 Dazu S. 115.
33 FELDMANN S. 72.

glaubt, sie seien rechts- oder statutenwidrig; in diesem Fall steht ihr das Recht (und die Pflicht) zur Anfechtung zu[34].

Die GV ist auf die Tätigkeit der Verwaltung angewiesen. Sie hat keine Möglichkeit, zur besseren und schnelleren Durchführung ihrer Beschlüsse besondere Personen oder Organe einzusetzen. Wenn die Verwaltung ihre Pflicht zur Ausführung der GV-Beschlüsse verletzt, so kann die GV ihr das Vertrauen entziehen und sie abberufen, um eine ihr ergebene Verwaltung einzusetzen. Sie kann auch der Verwaltung genauere Weisungen zur Durchführung der Beschlüsse geben, etwa über den Zeitpunkt, in dem ein bestimmter Vertrag abzuschliessen ist; dadurch wird die Pflicht der Verwaltung zur Ausführung noch genauer festgelegt. Die GV kann die Verwaltung auch nur ermächtigen, ein von dieser vorgeschlagenes Geschäft zu schliessen, ohne dass sie dazu verpflichtet wäre; wenn sie das Geschäft vornimmt, ist sie aber auch nicht von der Schadenersatzpflicht befreit[35].

Da die Verwaltung zur Ausführung der Beschlüsse verpflichtet ist, ist sie verantwortlich für den aus der Nichtausführung entstandenen Schaden; anderseits kann sie nicht zur Verantwortung gezogen werden für solche Handlungen, die auf einem GV-Beschluss beruhen[36].

Ausnahmsweise kann die Verwaltung die Ausführung der GV-Beschlüsse eigenmächtig verweigern, ja dazu sogar verpflichtet sein. Zunächst kann sich aus der allgemeinen Geschäftsleitungsbefugnis der Verwaltung ergeben, dass sie den Vollzug aussetzt, wenn neue Tatsachen dies gebieten. Sie kann den Beschluss der GV jedoch nicht einfach ignorieren, sondern muss unverzüglich die GV zur erneuten Beschlussfassung einberufen[37]. Unter Umständen kann die veränderte Lage gebieten, den Beschluss rückgängig zu machen. In schweren Fällen kann die Verwaltung sogar zur Verantwortung gezogen werden, weil sie den Beschluss der GV (blindlings) ausgeführt hat; dies kann aber nur angenommen werden, wenn offensichtlich erkennbar ist, dass durch die Ausführung Interessen der Gesellschaft geschädigt wurden.

Obwohl die GV nach Gesetz das oberste Organ ist, kann sie nur über solche Gegenstände Beschluss fassen, die in ihren Kompetenzbereich fallen[38]. Die GV hat daher nicht das Recht, die Geschäftsführung betreffende Beschlüsse zu fassen, wenn dies statutarisch nicht ausdrücklich vorgesehen ist, denn die Geschäftsführung ist der Verwaltung vorbehalten. Beschlüsse, durch welche sich die GV in den Kompetenzbereich der Verwaltung einmischt, sind demzufolge nicht verbindlich. Die Verwaltung wird aber klug daran tun, auch diese Be-

[34] Art. 706 Abs. 1; vgl. Anm. 41.
[35] BGE *100* II 389; Barz § 93 N. 36 am Ende.
[36] BGE *92* II 246; *99* II 60.
[37] Barz § 93 N. 38.
[38] BGE *100* II 387; von Steiger S. 199 f.

schlüsse auszuführen, denn erstens kann sie im allgemeinen nicht für Handlungen verantwortlich gemacht werden, die auf einem GV-Beschluss beruhen, und zweitens riskiert sie, bei der nächsten Gelegenheit abberufen oder mindestens nicht wiedergewählt zu werden, selbst wenn sie den Beschluss zu Recht nicht ausgeführt hat. Sie soll deshalb höchstens in Fällen, in denen offensichtlich ist, dass die GV nicht zuständig ist, die Ausführung des Beschlusses verweigern. Auch dann soll sie den betreffenden Beschluss anfechten, um dadurch nachzuweisen, dass sich die GV tatsächlich unbefugterweise in die Geschäfte der Verwaltung eingemischt hat durch die Beschlussfassung. Als letzter Ausweg einer schweren Konfliktlage bleibt der Verwaltung die Möglichkeit der Amtsniederlegung, wenn sie glaubt, einen Beschluss nicht ausführen zu können[39]. Solche Konfliktlagen werden jedoch selten vorkommen, denn die Mehrheit der GV (etwa der Mehrheitsaktionär) wird schon dafür gesorgt haben, dass nur ihr hörige Personen im Verwaltungsrat sitzen, welche ihre Beschlüsse getreu ausführen.

Zusammenfassend lässt sich also sagen, dass Beschlüsse, durch welche sich die GV in die Zuständigkeit der Verwaltung einmischt, an sich gültig sind, sofern sie keine sonstigen (formellen) Mängel aufweisen[40]. Sie können (auch durch die Verwaltung[41]) angefochten werden, wodurch ihre Gesetz- oder Statutenwidrigkeit nachgewiesen und somit gezeigt wird, dass sich die GV zu Unrecht in die Befugnisse der Verwaltung eingemischt hat; unabhängig davon, ob der Beschluss eine Einmischung in die Befugnisse der Verwaltung darstelle oder nicht, kann sich die Verwaltung durch die Nichtausführung des Beschlusses den Zorn der GV zuziehen und sich der Gefahr der Abberufung oder mindestens der Nichtwiederwahl aussetzen. Dass der Beschluss mangelbehaftet ist, ändert nichts daran, dass er dennoch den Willen der GV ausdrückt.

Handlungen, durch die sich die Verwaltung über einen Beschluss der GV hinwegsetzt (z. B. ein Verbot, bestimmte Geschäfte abzuschliessen, missachtet), sind vollauf gültig; ein entsprechender Beschluss ist also nicht «opposable aux tiers, en tout cas pas aux tiers de bonne foi»[42], sondern hat höchstens innere Wirkung. Wenn die Verwaltung gegen ihre Pflicht zur Ausführung der GV-Beschlüsse verstösst, kann sie dafür zur Verantwortung gezogen werden, wenn zugleich der daraus entstandene Schaden nachgewiesen wird.

h) Anfechtung der GV-Beschlüsse. GV-Beschlüsse binden die überstimmte Minderheit und die Verwaltung; verstösst der Beschluss jedoch gegen Gesetz

39 Bürgi Art. 705 N. 8 ff.
40 Secrétan SAG *31* 153.
41 A. M. Secrétan a. a. O.; richtig Mohr S. 45.
42 Secrétan a. a. O.

oder Statuten, so können sowohl die Verwaltung als auch jeder einzelne Aktionär, der ihm weder in der Versammlung noch durch sein sonstiges Verhalten zugestimmt hat, den Beschluss durch Klage gegen die Gesellschaft gerichtlich anfechten (Art. 706). Die Ausübung dieses Anfechtungsrechtes hängt nicht davon ab, dass der Kläger an der Abstimmung oder an der GV teilgenommen hat[43].

Neben diesen anfechtbaren Beschlüssen gibt es auch solche, die nichtig sind, sofern sie gegen zwingende und zur Wahrung öffentlicher Interessen aufgestellte Gesetzesvorschriften verstossen[44]. Auch derjenige Aktionär, der dem Beschluss zugestimmt hat, kann sich auf dessen Nichtigkeit berufen[45].

Neben diesen Beschlüssen, welche inhaltlich mangelbehaftet sind, gibt es auch Beschlüsse, die einen Mangel im Zustandekommen aufweisen. Diese Mängel haben nur ausnahmsweise die Nichtigkeit des im Anschluss gefassten Beschlusses zur Folge; auch können sie nur dann angefochten werden, wenn nachgewiesen wird, dass der Mangel im Zustandekommen einen Einfluss auf die Beschlussfassung ausgeübt hat[46].

2. Mängel beim Zustandekommen des Beschlusses und ihre Folgen

a) Im allgemeinen. Art. 706 betrifft nur diejenigen Beschlüsse ausdrücklich, welche *inhaltlich* gesetz- oder statutenwidrig sind. Einzig in Art. 691 erwähnt das Gesetz einen Mangel, der nicht auf den Inhalt, sondern auf die Art des Zustandekommens und damit die Durchführung der GV Bezug hat. Denn die Teilnahme Unbefugter an der Beschlussfassung ist nichts anderes als ein Mangel im Zustandekommen des Beschlusses[1]. Art. 691 nimmt deshalb eine zentrale Stellung ein, um die Folgen von Mängeln beim Zustandekommen des Beschlusses abzuklären. Trotz seines Wortlautes gilt er nicht nur für Beschlüsse, die unter Mitwirkung Unbefugter gefasst wurden, sondern allgemein für solche, welche irgendeinen Mangel im Zustandekommen aufweisen. So hat das Bundesgericht festgestellt, dass er nicht nur für solche Beschlüsse anwendbar sei, die unter Mitwirkung Unbefugter zustande gekommen sind, sondern auch für solche, die unter Ausschluss (Nichtzulassung) wirklich Berechtigter gefasst worden sind[2].

[43] BGE *74* II 41; ZR *74* Nr. 28; kritisch SCHUCANY Art. 706 N. 2C. Auch durch die Genehmigung der Traktandenliste verwirkt der Aktionär sein Anfechtungsrecht nicht; durch die Genehmigung einzelner Beschlüsse verwirkt er es sodann nur bezüglich dieser (ZR *74* Nr. 28).

[44] BGE *80* II 271, *93* II 30.

[45] BGE *74* II 41.

[46] Vgl. anschliessend 2.

[1] S. 24 mit Anm. 17.

[2] S. 23 mit Anm. 11.

Art. 691 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 706 gewährt als *einziges* Rechtsmittel gegen Mängel im Zustandekommen des Beschlusses die Anfechtbarkeit des im Anschluss gefassten Beschlusses. Es erscheint daher, dass Art. 706 auch die in ihrem Zustandekommen mangelbehafteten Beschlüsse betrifft[3]; Art. 691 regelt nur einen Spezialfall des Art. 706. Verschieden sind aber die Bedingungen, unter welchen der Mangel berücksichtigt wird und er also zur Aufhebung des Beschlusses führt; während diejenigen Beschlüsse, die inhaltlich einen Mangel aufweisen, ohne weiteres anfechtbar sind[4], sind die Beschlüsse, welche einen Mangel im Zustandekommen aufweisen, nur unter der zusätzlichen Bedingung anfechtbar, dass der Mangel für die Beschlussfassung kausal gewesen sei, dass m. a. W. ohne den Mangel der Beschluss anders gelautet hätte.

b) Nichtigkeit. Obwohl Art. 691 Abs. 3 nur die Anfechtbarkeit des mangelhaften Beschlusses vorsieht, muss – gleich wie bei den inhaltlich mangelhaften Beschlüssen[5] – angenommen werden, dass gewisse Mängel im Zustandekommen des Beschlusses dessen Nichtigkeit zur Folge haben. Dies kann jedoch nur bei besonders schweren Mängeln eintreffen; im allgemeinen haben Mängel bei der Durchführung der GV nur die Anfechtbarkeit der Beschlüsse zur Folge:

Eine fehlerhafte Einberufung bewirkt nur die Anfechtbarkeit der Beschlüsse. Erst wenn der Mangel so schwer ist, dass von einer Nicht-Einberufung gesprochen werden muss, tritt die Nichtigkeit der Beschlüsse ein[6]; die Versammlung der zusammentretenden Aktionäre hat dann gar nicht mehr den Charakter einer GV. Ähnliches gilt für die Teilnahme an der GV: die Zulassung zur Versammlung ist von grosser Bedeutung für die Frage, ob eine GV überhaupt vorliege. Falls nur einzelne Berechtigte ungerechtfertigterweise ausgeschlossen, bzw. nur einzelne Unberechtigte zugelassen werden, so hat dies nach ausdrücklicher Gesetzesbestimmung nur die Anfechtbarkeit zur Folge. Einzig wenn die gleichen Mängel ein genügendes Ausmass erreichen, so sind sie imstande, der betreffenden Versammlung ihren Charakter als GV völlig zu nehmen und die Nichtigkeit der an ihr gefassten Beschlüsse zu bewirken. Die genaue Grenze ist aber schwierig zu bestimmen[7]. Bei der eigentlichen Abwicklung der GV kann dann die Nichtigkeit der Beschlüsse eintreten, wenn die GV in Tumult und Chaos verläuft; eine einigermassen geordnete Beschlussfassung wird dadurch verunmöglicht, und die so gefassten Beschlüsse müssen als Nicht-GV-Beschlüsse bezeichnet werden[8]. Sonstige Mängel bei der Durchführung bewirken

[3] Bürgi Art. 706 N. 34.
[4] S. 120 mit Anm. 43; Hagmann S. 98 f.
[5] Bürgi Art. 706 N. 8 ff.
[6] BGE *71* I 387 ff; Frei S. 40 f.
[7] Funk Art. 706 N. 1; Bürgi Art. 706 N. 11; Frei S. 43.
[8] Frei S. 47.

nur die Anfechtbarkeit der Beschlüsse. Bei Mängeln, welche die Nichtigkeit der Beschlüsse zur Folge haben, fällt die zusätzliche Bedingung der Kausalität dahin; die betreffenden Beschlüsse sind ohne weiteres nichtig.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass ein Mangel bei der Durchführung der GV einzig die Anfechtbarkeit des im Anschluss gefassten Beschlusses bewirkt, und auch dies nur unter der Bedingung, dass der Mangel kausal war für die Beschlussfassung. Nur ausnahmsweise kann ein Mangel die Nichtigkeit der Beschlüsse bewirken, wobei aber das Erfordernis der Kausalität dahinfällt. Gegen die Annahme der Nichtigkeit spricht auch der Umstand, dass im allgemeinen nur derjenige Beschluss nichtig ist, der in «der Art seines Zustandekommens gegen zwingende und zur Wahrung der allgemeinen öffentlichen Interessen aufgestellte Gesetzesvorschriften verstösst»[9]; soweit aber Gesetz und Statuten überhaupt Vorschriften über das Verfahren der Beschlussfassung kennen, bezwecken diese nur den Schutz der privaten Interessen der einzelnen Aktionäre.

c) Art des Mangels. Grundsätzlich kann *jeder* Mangel im Zustandekommen die Anfechtbarkeit des Beschlusses bewirken, gleich wie irgendein Mangel im Inhalt. Anderseits kann bei keinem Beschluss auf das Erfordernis der Kausalität verzichtet werden. Hingegen kann die Art des Mangels ggf. einen Einfluss auf die Kausalität ausüben.

– Unerheblich ist zunächst, welcher Art der Mangel ist; nicht erheblich ist z. B., ob der Mangel im Zustandekommen eine Verletzung der Rechte des Aktionärs beinhalte. Dies hat keinen Einfluss auf die (Nicht-)Berücksichtigung des Mangels.

– Unerheblich ist auch die Schwere des Mangels; denn jeder Mangel im Zustandekommen kann die Anfechtbarkeit bewirken. Selbst in den Fällen, in denen bis hierher ausgeführt wurde, ein bestimmter Mangel (z. B. unerlaubte Verwendung eines Tonbandgerätes[10]) bewirke nicht die Anfechtbarkeit des Beschlusses, wurde dies einzig aus der Überlegung getan, dass der betreffende Mangel keinen Einfluss auf die Beschlussfassung haben könne; sogar in diesen Fällen ist aber vielleicht unter aussergewöhnlichen Umständen eine Beeinflussung der Beschlussfassung nicht auszuschliessen, so dass der Mangel die Anfechtbarkeit des Beschlusses bewirken könnte.

– Anderseits ist es unzutreffend, anzunehmen, bei gewissen (besonders schwer wiegenden) Mängeln könne auf das Erfordernis der Kausalität verzich-

[9] BGE in SAG *12* 178; Rolf Frei, Beschlussfähigkeit und Beschlussfassung der Generalversammlung, Festschrift Allgemeine Treuhand für Hans Müller, 1961, S. 113.

[10] Vgl. S. 96; Barz § 119 N. 28 am Ende. Ebenso Abweichung von der angekündigten Tagesordnung (NJW *57* 1680; vgl. S. 71) oder Zulassung von Gästen (Barz § 119 N. 24 am Ende; vgl. S. 68.

tet werden, und zu glauben, das Vorliegen dieser Mängel bewirke notwendigerweise die gerichtliche Aufhebung der im Anschluss gefassten Beschlüsse, ohne dass der Gesellschaft der Beweis der mangelnden Kausalität offenstände; richtig ist vielmehr, dass der besonderen Schwere des Mangels bei der Untersuchung der Kausalität Rechnung getragen wird. Im übrigen sieht das Gesetz selber in Art. 691 vor, dass sogar beim Vorliegen des unstreitig sehr schweren Mangels der willkürlichen Nicht-Zulassung (Ausschliessung) des Aktionärs das Erfordernis der Kausalität nicht dahinfällt; wenn die besondere Schwere des Mangels in der Verletzung der Aktionärsrechte liegt, führt die Aufrechterhaltung der Forderung nach der Kausalität unter Umständen dazu, dass die Gesellschaft die Rechte des Aktionärs ungestraft verletzt. Es ist z. B. denkbar, dass ein Aktionär vom Vorsitzenden oder von der Aktionärsmehrheit willkürlich aus der GV ausgeschlossen wird und dennoch mit der Klage abgewiesen wird [11]. Dieses Ergebnis passt zunächst schlecht zu der allgemein anerkannten absoluten Unantastbarkeit der Mitgliederrechte; diese geniessen jedoch «keinen von den Einflussmöglichkeiten des Aktionärs unabhängigen Rechtsschutz» [11], der Aktionär muss also dulden, dass seine Rechte nur in diesem Rahmen geschützt werden.

– Unerheblich ist auch, worauf der Mangel beruht; es wird sich in den meisten Fällen um eine Massnahme des Versammlungsleiters oder um einen Geschäftsordnungsbeschluss der GV handeln. Wenn der Mangel auf einem GV-Beschluss beruht, so kann dies höchstens einen Einfluss auf die Kausalität haben: ein (einstimmiger) GV-Beschluss ist ein Hinweis auf die mangelnde Kausalität [12]. Der Geschäftsordnungsbeschluss kann überdies nach den allgemeinen Regeln angefochten werden, da er inhaltlich mangelhaft ist [13]; dadurch kann aber nur erreicht werden, dass der Geschäftsordnungsbeschluss und nicht auch der auf ihm beruhende Sachbeschluss dahinfällt. Vielmehr bewirkt die Aufhebung des Geschäftsordnungsbeschlusses nur dass die Anfechtbarkeit des Sachbeschlusses, wenn dieser anders gelautet hätte ohne den Mangel, der sich aus dem Geschäftsordnungsbeschluss ergibt; das Interesse, den Geschäftsordnungsbeschluss allein anzufechten, wird deshalb fehlen. Wenn der Mangel auf einer Anordnung des Vorsitzenden beruht, so ist auch ohne Bedeutung, ob dieser einen Fehler begangen habe; dies kann höchstens seine Verantwortung zur Folge haben.

– Unerheblich ist schliesslich, gegen welche Norm das Verfahren verstösst; es kann sich um gesetzliche oder statutarische Bestimmungen oder um allgemeine

11 Von der Burg DAG *1962* 117.

12 S. 66 mit Anm. 34.

13 Anders das deutsche Recht: Gerichtsentscheid DAG *1962* 123; Eckardt Vorbem. §§ 118–147 N. 44 und zit. Lit.

Grundregeln handeln, welche die Organisation der innergesellschaftlichen Willensbildung betreffen. Ob es sich dabei um Muss-Vorschriften handelt, ist nicht von Bedeutung, denn selbst in diesem Fall muss das Erfordernis der Kausalität aufrechterhalten werden [14].

d) Die Kausalität. Wenn jeder Mangel im Zustandekommen die Anfechtbarkeit des Sachbeschlusses bewirken kann, so bleibt auch bei schweren Mängeln das Erfordernis des Ursachenzusammenhangs bestehen. Würde bei Vorliegen gewisser Mängel die unbedingte Anfechtbarkeit der mangelhaften Beschlüsse zugelassen, so müsste unter Umständen die GV wiederholt werden, obwohl bereits mit völliger Sicherheit feststeht, dass sie wiederum zu den genau gleichen Beschlüssen führt. Das sachliche Interesse des Aktionärs an einer Aufhebung des Beschlusses ist daher sehr gering, da bereits entschieden ist, dass sie zu keiner abweichenden Gestaltung der Angelegenheiten der Gesellschaft führen könnte; sie hätte somit höchstens Genugtuungsfunktion [15].

Die Art und die Schwere des Mangels im Zustandekommen können hingegen berücksichtigt werden bei der Kausalitätsprüfung. In vielen Fällen wird angenommen werden können, dass ein schwerer Mangel (z. B. der Ausschluss ganzer Gruppen von Aktionären) die Beschlussfassung ausschlaggebend beeinflusst. Der Kausalzusammenhang zwischen dem Mangel und dem angefochtenen Beschluss wird vermutet; es obliegt der Gesellschaft, den Nachweis der mangelnden Kausalität zu erbringen [16]. Welches sind die Anforderungen, die an den Nachweis der mangelnden Kausalität zu stellen sind? Als erstes dürfen nur solche Kriterien berücksichtigt werden, die zu einem *objektiven* Urteil über den möglichen Ursachenzusammenhang zwischen dem Mangel und dem angefochtenen Beschluss führen [17]. Die Kausalitätsprüfung darf nicht zu einem «Korrektiv für die Unantastbarkeit des in die allgemeinen Mitgliederreche eingreifenden Ordnungsbeschlusses werden» [18]. Im allgemeinen müssen an den Nachweis der mangelnden Kausalität strenge Anforderungen gestellt werden; wenn das Erfordernis der Kausalität eine sinnlose Anfechtung verhüten soll, so darf nicht auf diesem Weg das Anfechtungsrecht ausgehöhlt werden [19].

Das geforderte objektive Urteil kann nicht abstrakt gefällt werden, sondern es müssen die konkreten Umstände berücksichtigt werden, etwa Vorfälle an früheren GV, die Kenntnisse der Aktionäre, der Inhalt der Diskussionen usw.

Der Ursachenzusammenhang muss auch dann als gegeben angenommen

[14] Wie Art. 691 zeigt. Vgl. S. 58 f.
[15] Von der Burg DAG *1962* 118 linke Spalte.
[16] Art. 691 Abs. 3 am Ende.
[17] Von der Burg a. a. O.; vgl. BGE *71* II 277.
[18] A. M. offenbar von der Burg a. a. O.
[19] Von der Burg a. a. O.

werden, wenn (durch ein Verschulden der AG) der Einfluss des Mangels auf die Beschlussfassung nicht mehr abgeschätzt werden kann, also etwa dann, wenn die AG trotz Widerspruchs aus der Versammlung die Überprüfung des Abstimmungsergebnisses (z. B. durch Vernichten der Stimmzettel) verhindert, wenn sie nicht nur einzelne Aktionäre von der Beratung ausschliesst, sondern überhaupt keine Beratung durchführt, oder wenn sie (ohne dass von einer Nicht-GV gesprochen werden könnte) ganze Gruppen von Oppositionellen willkürlich ausschliesst bzw. nicht zur GV zulässt. Es genügt m. a. W. die blosse *Möglichkeit,* dass der Beschluss ohne den Verfahrensmangel anders gelautet hätte[20]. Dies ist auch dann anzunehmen, wenn die ganze Versammlung (ohne dass von einer Nicht-GV gesprochen werden könnte) in Chaos und Tumult abläuft, wodurch eine Beeinflussung der Beschlussfassung weder angenommen noch ausgeschlossen werden kann.

Die Frage nach dem Ursachenzusammenhang fällt dann weg, wenn eine doppelte Beschlussfassung durchgeführt wurde; hier ist ohne weiteres ersichtlich, ob das Vorliegen des Mangels die Beschlussfassung entscheidend beeinflusst hat oder nicht. Allgemein entfällt das zu einer Anfechtungsklage erforderliche Rechtsschutzbedürfnis, wenn ein mit einem Mangel behafteter GV-Beschluss erneuert wird, ohne dass der Mangel dem neuen Beschluss anhaftet[21].

[20] Schönenberger SAG *44* 277 (für Mitwirkung Unbefugter bzw. Ausschliessung wahrer Berechtigter).

[21] SAG *42* 157f. und zit. Entscheid des BGH; Patry, La société anonyme, S. 242 und zit. Entscheide des Bundesgerichts; Böckli S. 88 mit Anm. 91.